ISSN 0251-3420

DERECHO PUCP

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

FUNDADA EN 1944

69

BIOÉTICA Y DESARROLLO

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

FUNDADA EN 1944

69
2012

BIOÉTICA
Y DESARROLLO

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

FUNDADA EN 1944

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño de carátula e interiores: i design
Diagramación de interiores: Juan Carlos García M.

El contenido de los artículos publicados en DERECHO PUCP es responsabilidad exclusiva de los autores.

Las tarifas de subscripción pueden verse en la última página de la revista.

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISSN: 0251-3420
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 95-0868
Registro del Proyecto Editorial: 31501361200809
Primera edición: noviembre de 2012
Tiraje: 600 ejemplares

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EDITOR GENERAL
Alfredo Villavicencio Ríos

CONSEJO EDITORIAL

Fernando Sam Chec
Alumno PUCP

Mariano Peró
Alumno PUCP

Graciela Híjar
Alumna PUCP

Armando Guevara Gil
Catedrático PUCP

Iván Meini Méndez
Catedrático PUCP

Félix Morales Luna
Catedrático PUCP

Ana Teresa Revilla Vergara
Catedrática PUCP

César San Martín Castro
Magistrado Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Juan Gorelli Hernández
Catedrático de la Universidad de Huelva

Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de la Universidad de Sevilla

Manuel Atienza
Catedrático de la Universidad de Alicante

Juan María Terradillos Basoco
Catedrático de la Universidad de Cádiz

Umberto Romagnoli
Universidad de Bologna

EQUIPO EDITORIAL
Luciana Guerra Rodríguez

Luis Mendoza Choque

CONSULTORA TEMÁTICA
Paula Siverino Bavio

ASISTENTE ADMINISTRATIVA
Manuela Fernández Castillo

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Cambridge

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Héctor Fix Zamudio
Universidad Autónoma de México

Peter Häberle
Universidad de Freiburg

Jutta Limbach
Universidad de Freiburg

Pablo Lucas Verdú
Universidad Complutense de Madrid

Javier Pérez de Cuéllar
Pontificia Universidad Católica del Perú

Alessandro Pizzorusso
Universidad de Pisa

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

CONTENIDO

9 Editorial

11 A la memoria de Gonzalo Figueroa Yáñez

BIOÉTICA Y DESARROLLO

Entrevista

15 Sobre la dignidad y el derecho a la vida en países en desarrollo. Entrevista al doctor Gonzalo Figueroa Yáñez
MARGARETT MATOS

19 La importancia de una bioética para y desde Latinoamérica. Entrevista a Juan Carlos Tealdi
PAULA SIVERINO BAVIO

Artículos de investigación

25 Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos
MIGUEL KOTTOW

45 Principios jurídicos y principios bioéticos. Separación, vinculación, integración
EDUARDO LUIS TINANT

65 Ética, bioética y los desafíos del siglo XXI
JOSÉ GERALDO DE FREITAS DRUMOND

81 Vivir y morir según la ley. Reflexiones teóricas interdisciplinarias sobre la vida de la persona y el derecho a la vida
PAULA SIVERINO BAVIO & JARIS MUJICA

99 ¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia
XIMENA RINCÓN CASTELLANOS

113 Final de la vida y notas en bioética médica
VITULIA IVONE

133 ¿Qué significa en el ordenamiento español el derecho a «vivir con dignidad el proceso de la muerte»?
FERNANDO REY MARTÍNEZ

151 Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia
RAFAEL E. AGUILERA PORTALES & JOAQUÍN GONZÁLEZ CRUZ

169 Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

201 Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio
CARMEN DELIA MEDINA CASTELLANO

225 Responsabilidad social en la investigación con humanos
MARÍA LUISA PFEIFFER

245 Bioética, medicamentos, conflicto de intereses y control de calidad
EMILIO LA ROSA RODRÍGUEZ

259 Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de beneficios
TEODORA ZAMUDIO

281 Las semillas transgénicas: ¿un debate bioético?
JESÚS CASQUIER & RODOMIRO ORTIZ

301 Patentes biotecnológicas y genéticas: enfoque jurídico y ético
SALVADOR BERGEL

321 Desarrollo y medio ambiente. El rol de la bioética en un contexto de cambios ambientales globales
SOFÍA CASTRO SALVADOR

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

337 Historia de la bioética en el Perú en el siglo XX
ROBERTO LLANOS ZULOAGA

343 Concurso de Investigación Derecho PUCP 2012

CRÓNICA DEL CLAUSTRO

347 Crónica del Claustro

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 9-10
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Editorial

Comenzando la segunda década del siglo XXI, la bioética se viene consolidando como una de las dimensiones de la reflexión humana que gana trascendencia día a día. Fenómeno complejo, que exige siempre una fuerte dosis de interdisciplinariedad, que vive y mora en el ámbito axiológico, y que abarca, cada vez más y en mayor número, temas de enorme relevancia, que nos tocan la puerta con cada vez mayor frecuencia. En función de todo ello, nuestra revista emprendió el reto de dedicarle el presente número, para lo cual recurrimos a la profesora Paula Siverino Bavio, directora del Observatorio de Bioética de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y la comprometimos en este empeño. El resultado final es espléndido: un volumen compacto de diecisiete ensayos (con solo cuatro de autores peruanos), una entrevista y dos reseñas, todo ello en el marco del homenaje dedicado al profesor chileno Gonzalo Figueroa recientemente fallecido.

El cuadro general lo establece el propio profesor Figueroa, en la entrevista que abre el número, hablando, con la solvencia que lo caracterizaba, sobre la dignidad y el derecho a la vida en los países en desarrollo, colocando a la dignidad (connatural a la especie humana) como el supervalor del que derivan todos los derechos humanos, y apuntando que *estos son cambiantes a medida que va cambiando el concepto de dignidad a través del tiempo*. Luego se abren paso las reflexiones generales sobre la importancia de la bioética para y desde Latinoamérica, los principios jurídicos y los bioéticos, los desafíos del siglo XXI en este campo: bioética y derecho (para qué y para quiénes); para dar paso, a continuación, a las reflexiones sobre temas particulares como eutanasia, vivir con dignidad el proceso de la muerte, objeción de conciencia sanitaria, responsabilidad social en la investigación con humanos, bioética y medicamentos (conflicto de intereses y control de calidad), patentes biotecnológicas y genéticas, semillas transgénicas, responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica, y, finalmente, desarrollo y medio ambiente desde un enfoque vinculado con el rol de la bioética en un contexto de cambios ambientales globales. Los autores y enfoques son por demás interdisciplinarios, alternándose los jurídicos con los filosóficos, médicos, antropológicos, económicos y de biología.

Estamos ante un número muy especial, que sin duda tendrá un rol determinante en la joven reflexión nacional sobre los temas de la bioética, en la medida en que se trata de una selección de ensayos que no tiene parangón en la literatura nacional. Vaya, entonces, nuestro más sincero agradecimiento a cada uno de los autores de los ensayos publicados.

Este relevante esfuerzo no hubiera podido ver llevarse a cabo sin los desvelos de Paula Siverino, razón por lo cual le expresamos nuestro más fervoroso agradecimiento. Asimismo, debemos agradecer sentidamente a Manuela Fernández Castillo, Luciana Guerra Rodríguez y Luis Mendoza Choque, miembros del equipo editorial, así como a Alexandra Alván, Aída Nagata y Juan Carlos García, puesto que su participación en las distintas etapas de la edición ha sido determinante para su exitosa culminación.

Alfredo Villavicencio Ríos
Editor General

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 11
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

A la memoria de Gonzalo Figueroa Yáñez

Su existencia fue un tributo a la vida misma y, hasta el final, un cabal ejemplo de aquellos valores que justifican e inspiran la bioética.

Este número, el primero de la revista *Derecho PUCP* sobre bioética, está dedicado a la memoria del profesor Gonzalo Figueroa Yáñez (2 de noviembre de 1929 – 7 de noviembre de 2011).

Gonzalo Figueroa Yáñez fue un hombre excepcional, mítico, fundacional. Bombero, jurista, académico, escritor, periodista, embajador, profesor, político, artista, poeta. Un hombre cuya sola presencia cambiaba el ambiente, conmovedor, alegre, intenso, polémico. Un verdadero *rock star.* Un hombre de ideas y acción, comprometido sin titubeos con la democracia y las libertades, aun cuando le costaron la censura y la cárcel. Devoto de su familia e incondicional de sus amigos. Docente apasionado, los cientos de alumnos, ex alumnos y profesores vitoreando su nombre y arrojando flores frente a la Facultad de de Derecho al paso de su cortejo fúnebre en aquella dolorosa y tibia tarde de noviembre fueron el testimonio más expresivo de la vida que él entregó en las aulas de la Universidad de Chile, de la cual fue su profesor más antiguo. Yo lo amé profundamente. Tuve ese privilegio. Los muchos que lo conocimos, entre ellos varios amigos que escriben en este número, podemos dar testimonio de que el mundo es un lugar mejor después de su paso.

Paula Siverino Bavio

BIOÉTICA Y DESARROLLO

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 15-17
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Sobre la dignidad y el derecho a la vida en países en desarrollo

Entrevista al doctor Gonzalo Figueroa Yáñez*

About dignity and the right to life in developing countries

MARGARETT MATOS

Margarett Matos: *La «dignidad» es considerada como directriz y fundamento de los derechos humanos, siendo además concebida como principio fundante en diversos instrumentos internacionales, así como en diversas cartas constitucionales; sin embargo, no existe consenso respecto a su significado.*

Siendo esto así, ¿qué debería entenderse por dignidad humana y cuál es el rol que considera usted debería jugar la dignidad humana en la bioética? ¿Por qué se ha optado por preferir a la «dignidad» y no otros principios-valores como la libertad, el honor o la igualdad?

Gonzalo Figueroa Yáñez: Todas las declaraciones, empezando por la de 1948, sostienen que el fundamento de los derechos humanos es la dignidad, aunque ninguna entra en su definición. Yo hice un intento de descubrir el significado preciso de esta palabra por muchas vías en el libro *Sobre la dignidad y los principios*[1]. Ahí aparece un conjunto de contenidos de la palabra dignidad, los cuales escogí entre muchos otros para mostrar la diferencia de conceptos que existen entre ellos. De mis recuerdos literarios se me viene a la memoria Diego Laínez, padre del Cid Campeador, quien se encierra en su casa por haber entendido mancillada su dignidad cuando el Conde Lozano le mesó las barbas.

Confundiendo quizás «honor» con «dignidad», pensé luego en «A buen juez, mejor testigo», de José de Zorrilla, donde Inés de Vargas estima haber perdido su honor junto con su virginidad.

---

* Abogado por la Universidad de Chile, con diversos estudios y reconocimientos en pedagogía e investigación jurídica. Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Chile, Diego Portales, Finis Terrae, entre otras. Embajador chileno ante la Unesco. Miembro del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI) y del Comité Mundial de Bioética de la Unesco, así como Secretario Ejecutivo del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo y del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas. Miembro del Comité Internacional de Expertos de la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, de la cual fue Vicepresidente. Recibió varios premios y distinciones por su trabajo académico y su labor como bombero voluntario en Chile y en el extranjero. Autor de numerosos libros y artículos jurídicos en el área del derecho civil patrimonial, el derecho de las personas y la bioética.

1 Ver FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. «La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)». En CASADO, María (coord.). *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*. Navarra: Civitas, 2009.

16

La dignidad, como todos los derechos humanos, es un valor que va modificándose con el paso del tiempo. Si te fijas bien verás que estoy sosteniendo la inexistencia del derecho natural. Lo que pudo haber sido fundamento de un derecho humano en el siglo XII puede no serlo en el siglo XXI. En el libro *Sobre la dignidad y los principios* me adhiero a la posición de Kant, que señala que dentro de las cosas pueden encontrarse aquellas que se autovaloran, que resuelven por sí su destino, su utilidad, su vocación, su trascendencia, el objetivo de su existencia. Los seres humanos somos capaces de ponderar valores, de escoger aquellos valores que queremos alcanzar en nuestra vida, podemos anticipar las acciones que debemos realizar para alcanzarlos, podemos luchar y morir por ellos; en cambio otras cosas no son capaces de resolver su destino, su vocación, y son instrumentos del quehacer de otros. Estas últimas cosas tienen un precio; las primeras, un valor. Ese es mi concepto de dignidad. Los derechos humanos son formas de expresar este valor que tienen los humanos. El derecho a la vida, por ejemplo, emana de la dignidad si acaso resuelvo darle a mi vida un destino valórico. Todos los derechos humanos como forma de expresar lo que es humano, de escoger valores, derivan de la dignidad.

Los derechos humanos son cambiantes a medida que va cambiando el concepto de dignidad a través del tiempo. Esta es una afirmación de libertad, porque para escoger valores debo ejercer la autonomía cuando tomo un camino determinado. La dignidad es característica de la especie humana, no solo a nombre de la bioética. Dignidad es un principio de libertad. Comparando la dignidad con el honor, la dignidad yo la tengo, el honor significa un reconocimiento, el honor me lo dan.

MM: *Hace unos años se viene discutiendo sobre la posible existencia de algunos derechos de carácter universal que además actuarían como presupuesto —al menos ontológico— para la existencia de otros derechos. Así, un ejemplo de estos derechos podría ser el derecho a la vida. En su opinión y desde un aporte de la bioética, ¿qué implica tener derecho a la vida?*

GFY: Parece evidente que el derecho a la vida incluye el derecho a no ser muerto por otro. Asimismo, parece evidente que todos nosotros tenemos derecho a la vida, incluso podríamos sostener que todos nosotros solo tenemos derecho a la muerte. Yo sostengo que el derecho a la vida implica hacer la vida que quiero, escoger valores, escoger justicia en vez de belleza, por ejemplo. El derecho a la vida incluye el derecho a la vida física y a la escogencia de valores. Ese es el verdadero derecho a la vida.

MM: *«Alquilan vientres en Lima»*[2]*, «La amenaza de los transgénicos»*[3]*, «Padre de bebé in vitro: ¿Cómo se sentiría si le dieran un producto fallado?»*[4]*. Los anteriores títulos de artículos periodísticos son solo algunos ejemplos de ciertos casos que remecen a la sociedad peruana. En vista de ello, cierto sector demanda mayor rigidez normativa y otro sector propugna la no interferencia de las leyes en el desarrollo de la ciencia y los avances de la modernidad. Al respecto, ¿cuál sería una respuesta de la bioética a esta problemática?*

GFY: En primer lugar yo no hablo a nombre de la bioética, hablo a nombre de mí mismo.

Esta pregunta lleva envuelta la afirmación de la pre-existencia de una ley, que habría que obedecer. La verdad es que las leyes son dictadas por el humano en beneficio propio, con el objeto de obtener a lo menos una cierta paz social. A mí me parece imposible sostener la pre-existencia de la ley en relación con la especie humana, como si pudieran existir leyes divinas en los países democráticos a los cuales todos aspiramos. La ley es la manifestación de la voluntad mayoritaria. Es la mayoría de los humanos la que dicta la ley, de manera que si nos parece justo que una pareja infértil pueda arrendar un útero para reproducirse, ese acto será lícito. Lo mismo sucede si una pareja infértil recurre a la fertilización *in vitro*. La licitud o ilicitud de tales actos no puede ser declarada sino por la voluntad mayoritaria manifestada en la ley. En consecuencia, contestando la pregunta, la ley puede intervenir en la vida de los humanos tan solo cuando la mayoría de ellos por medio de dicha ley ha declarado injusta una cierta conducta.

MM: *Doctor Figueroa, ha sido un completo honor el poder realizarle estas preguntas. Solo como colofón, ¿cuál considera usted que debe ser el rol que la bioética debe cumplir en países en vías de desarrollo como el Perú?*

GFY: Nuestras sociedades subdesarrolladas tienen valores diferentes de aquellos de las sociedades desarrolladas, en consecuencia los comportamientos deben ser distintos. En Chile no faltan niños, sino que sobran. Frente a esta realidad, yo prefiero como política pública fomentar la adopción antes que la fertilización *in vitro*.

2 Noticia disponible en: http://www.peru.com/noticias/idocs/2006/12/13/detalledocumento_363970.asp (visitada el 24-11-2010).

3 Noticia disponible en: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/actualidad/la-amenaza-de-los transgenicos_64215.html (visitada el 24-11-2010).

4 Noticia disponible en: http://elcomercio.pe/lima/667840/noticia-padre-bebe-in-vitro-como-se-sentiria-si-le-dieran-producto-fallado (visitada el 23-11-2010).

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 19-23
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

La importancia de una bioética para y desde Latinoamérica

Entrevista a Juan Carlos Tealdi[1]

Significance of bioethics to and from Latin America

PAULA SIVERINO BAVIO

Paula Siverino Bavio: *¿Por qué es necesario y tiene sentido hablar de una bioética latinoamericana?*

Juan Carlos Tealdi: Según establece la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* de la Unesco, la bioética trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales. En esta disposición general puede comprenderse cómo la bioética reflexiona sobre problemas que aunque puedan ser universales en su problemática —el origen y el final de la vida, por ejemplo— aparecen en un contexto particular de relaciones de las personas entre sí y con el medio ambiente, con normas legales y valores culturales que varían en las distintas regiones del mundo. Por eso tiene sentido hablar de una bioética latinoamericana, en tanto las dimensiones histórico-sociales, jurídicas y políticas, culturales y ambientales de la población de América Latina tienen características que la distinguen de otras poblaciones al configurar un *ethos* particular. Pero también es necesario hablar de una bioética latinoamericana porque las tecnologías que se aplican a los seres humanos en medicina y ciencias de la vida se desarrollan en un contexto económico, político y jurídico de relaciones internacionales globales, en el cual los países altamente industrializados son los principales productores y exportadores de esas tecnologías y las regiones menos industrializadas, como América Latina, son receptoras que importan esos desarrollos. Esa diferencia tiene importantes consecuencias para la reflexión ética y sus argumentos,

1 Juan Carlos Tealdi es médico por la Universidad Nacional de La Plata, licenciado en Medicina y Cirugía por la Universidad de Salamanca y médico especialista en Medicina del Trabajo por la Universidad de Oviedo. Cursó estudios de Historia y Filosofía de la Ciencia en España y se especializó en Bioética en centros académicos de los Estados Unidos. Es director del Programa de Bioética del Hospital de Clínicas de la Universidad de Buenos Aires y asesor en Bioética de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Se desempeña como experto en Bioética delegado por Argentina ante la Unesco y es presidente de BIO&SUR (Asociación Civil de Bioética y Derechos Humanos). Fue fundador (1990) y director hasta 1999 de la Escuela Latinoamericana de Bioética-Fundación Mainetti. ha sido miembro del Consejo Directivo de la Asociación Internacional de Bioética, miembro del Interim Working Committee, Global Summit of National Commissions of Bioethics; miembro de la Comisión de Bioética de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos; y miembro del Consejo Directivo de la Red Latinoamericana de Bioética de la Unesco.

y marca la necesidad de una bioética regional en cuanto a la identificación de problemas y respuestas propias.

PSB: *¿Qué significa, desde su punto de vista, pensar una bioética en relación con el desarrollo?*

JCT: El término «desarrollo» tiene distintas acepciones. Muy frecuentemente se usa como una noción económica para distinguir a países desarrollados de aquellos en vías de serlo según el nivel promedio de ingreso de sus habitantes, el producto bruto interno, y otras variables cercanas, entre las cuales se cuenta el desarrollo tecnológico. Dadas las limitaciones de este enfoque economicista para medir el grado de bienestar de la población en estudio, la Organización de las Naciones Unidas ha introducido el concepto de *desarrollo humano* que tiene en cuenta otras variables relativas a los derechos económicos, sociales y culturales tales como educación, etcétera. En esta línea, y para profundizar la noción de bienestar o calidad de vida como enfoque de desarrollo, autores como Amartya Sen han propuesto medir no solo lo que los individuos reciben como bienes, sino también, y sobre todo, lo que los individuos pueden hacer con los bienes que reciben (ingreso per cápita, desarrollo tecnológico, etcétera) para realizar sus capacidades. La bioética no puede dejar de tener en cuenta todos estos enfoques, destacando a los últimos en tanto privilegian la noción de *fin moral* como guía de la vida y el vivir de las personas. En este sentido, la bioética de los derechos humanos destaca, como concepto mayor de la bioética en relación al desarrollo, al concepto de *proyecto de vida* como desarrollo armónico de la vida y la identidad, la integridad y la libertad, la salud y el bienestar, en tanto el grado de promoción y protección de estos permite medir el desarrollo según el grado de *progreso moral* observable en el conjunto de variables que se utilicen.

PSB: *¿Cuáles considera que son los «temas candentes» en bioética actualmente en América Latina?*

JCT: Cuando se habla de temas «candentes» en bioética, muy frecuentemente se suele hacer referencia a cuestiones de gran impacto mediático sobre novedosos avances tecnocientíficos: así ha ocurrido a lo largo del tiempo con los trasplantes de órganos, la reproducción asistida, el genoma humano, la clonación, las células madre y las nanotecnologías entre otros. En otras ocasiones, el carácter de «candentes» de algunos temas de la bioética tiene que ver con el debate social y el impacto político de cuestiones ligadas al principio de la vida, la anticoncepción y el aborto, o a la muerte y el morir, el suicidio asistido y la eutanasia. América Latina es una región que, al igual que otras regiones en un mundo globalizado en las comunicaciones, acusa el impacto «candente» de todos esos temas. Pero si se observa en los términos más estrechos de la particular actualidad de nuestra región sobre esa generalidad,

puede decirse que esos temas son, entre otros, los de salud sexual y reproductiva con el inicio de discusiones sobre el aborto, la muerte digna y los cuidados paliativos y directivas anticipadas relacionados con ella, y las investigaciones biomédicas y la producción pública de medicamentos frente los riesgos y el alto costo que impone la industria privada a esos productos.

PSB: *¿Hay «mitos» en la bioética respecto al tratamiento de algún tema?*

JCT: Si tomamos al mito como un relato tradicional que en forma simbólica evoca y transmite los valores de sucesos pasados, entonces sí debemos decir que en la bioética operan mitos que desde las creencias que ha habido acerca de la ciencia y la tecnología, de la medicina y las ciencias de la vida, de la salud y la enfermedad, la vida y la muerte, nos enfrentan a las dificultades de nuevos modos de ver el mundo. La medicina y los médicos, por ejemplo, construyeron su ética hace casi dos mil quinientos años sobre la base del principio de santidad o inviolabilidad de la vida humana y sobre el carácter sacerdotal y paternalista del médico ante el enfermo. Esas creencias y valores se transmitieron durante siglos y en esa tradición se construyó el mito del paciente como minusválido moral a la hora de tomar decisiones. Ese mito impide el extenso y profundo tratamiento en la educación y práctica médicas del respeto de la autonomía de los pacientes. La medicina antigua, por otro lado, consideraba el deber de proteger la vida del enfermo, pero solo hasta el punto en que pudiera haber cura o ayuda, pero nunca se debía forzar en modo terco la situación incurable de un enfermo. La medicina moderna, en cambio, restauró el mito de la vida eterna que las culturas antiguas —como la bíblica— habían dejado atrás en una perspectiva más mesurada del hombre ante la idea de Dios. A medida que la ciencia y la tecnología modernas fueron siendo cada vez más poderosas, perdieron la noción de sus límites bajo el mito renovado de un hombre dotado de la posibilidad de un progreso sin frenos. Este mito hace tan difícil de aceptar los límites de la tecnología en el proceso del morir y el envejecimiento, por ejemplo. La problematización normativa de la abstención y retiro de tratamientos tienen que ver con ese pensamiento mítico de la ciencia y la técnica. Y si bien podrá decirse que esos temas «se tratan», lo cierto es que «no se comprenden», y esto es porque los presupuestos míticos impiden el tratamiento racional de esos y otros temas.

PSB: *¿Qué temas cree que son los «grandes olvidados» en bioética?*

JCT: Frente a la estimulante noción de los temas candentes que ponen en juego cuestiones de desafío intelectual, promesas de mejoría del individuo humano, multiplicación de la demanda de libertades individuales, y beneficios económicos derivados; hay otros temas en los que las conductas correctas o incorrectas sobre la vida y el vivir humanos no parecen tener tanto interés en ser investigadas, tanto compromiso

personal en el cumplimiento de obligaciones para la mejoría de la vida de los otros, tanto interés de inversiones económicas, ni tanto impacto mediático. Son los temas éticos que remiten a cuestiones sociales que se tratan como «naturalizadas», esto es, como inmodificables y, por tanto, sin espacio alguno para la pregunta y la deliberación ética. Los grandes olvidados de la bioética son todos aquellos temas que son vistos sin interés porque en ellos no se identifica problema ético alguno. La pobreza, en primer lugar, es un hecho social y como tal no está sujeto a las leyes de la naturaleza, como los fenómenos de la física, sino a las normas sociales, culturales, políticas y legales que, en primer y último término se fundan en una visión y fundamentación ética de los hechos. La pobreza impacta sobre el derecho a la salud en todas sus formas de prevención, acceso, asistencia y seguimiento. De allí que la salud pública y las cuestiones de justicia en salud son temas olvidados o poco tratados, aun cuando son la base de todos los problemas bioéticos. Las cuestiones éticas ligadas a las enfermedades de la pobreza y sus millones de afectados interesan mucho menos que el último descubrimiento de dudosa efectividad y altísimo costo en una enfermedad poco frecuente. Y en términos más ligados a los fundamentos de la ética, en bioética se habla mucho de «principios», deberes y normas, pero no se trata con igual relevancia al lugar de los valores como la dignidad humana y de las virtudes como la prudencia.

PSB: *¿Considera importante que los abogados se familiaricen con la bioética?*

JCT: La bioética puede ser considerada como un campo de teoría y práctica cuyo conjunto surge del entrecruzamiento de tres campos mayores que son la medicina y las ciencias de la vida con sus tecnologías conexas; el derecho y las ciencias sociales y del medio ambiente; y la filosofía y las humanidades, con las ciencias de la educación y la cultura. En ese sentido, el derecho es uno de los subconjuntos que dan lugar a la bioética y la formación de los profesionales del derecho es imprescindible. La norma jurídica se entrecruza con la norma ético-filosófica y con la norma ético-profesional de científicos y médicos para alumbrar la normativa bioética que en sentido estricto no es meramente jurídica, filosófica o científico-técnica. El abogado debe saber que al querer normatizar jurídicamente han de conocerse los supuestos empíricos del desarrollo científico-tecnológico en la medicina y las ciencias de la vida con sus normas guiadas según la eficacia (beneficio) y la seguridad (protección) de sus prácticas, y también han de conocerse los modos de argumentación y justificación moral en la hermenéutica jurídica. Los abogados han de integrarse a los comités de bioética en esta perspectiva, así como los jueces han de estar bien informados de los continuos cambios que el desarrollo tecnocientífico introduce y de los determinantes sociales que ellos implican.

PSB: *¿Qué tanto ha avanzado la bioética en cuanto a estudio/formación/ jurisprudencia en América Latina en los últimos diez años?*

JCT: La bioética se introdujo en América Latina de modo sistemático durante la década de los noventa, así como en los ochenta se había introducido en Europa y en los setenta se había gestado en Estados Unidos. En la última década, nuestra región ha tenido una importante participación en el escenario internacional de la bioética. Un ejemplo de ello ha sido la contribución a la construcción de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* aprobada por la Unesco en 2005. En otro aspecto, el sistema interamericano de derechos humanos, tradicionalmente orientado hacia el campo de los derechos civiles y políticos, ha comenzado a recibir los nuevos desafíos que plantean las cuestiones bioéticas y así ha podido observarse en alguna de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En todos los países de la región ha ido creciendo el número de programas educativos y de publicaciones sobre bioética. En 2008 se publicó el *Diccionario latinoamericano de bioética*, que tuve la fortuna de dirigir, con la colaboración de 184 especialistas de 16 países de América Latina. Nuestra región tiene un enorme potencial para el desarrollo de la bioética y el cambio cultural que la misma supone y eso es observable en la información, educación, comités de bioética y normas sobre la materia que se desarrollan de modo creciente.

PSB: *¿Qué tan importante considera que es la bioética para poder entender y articular respuestas frente a la compleja realidad que nos plantea el mundo actualmente?*

JCT: El mundo actual se debate como nunca en la historia de la humanidad entre el progreso de la potencia vital y creadora que el saber y la transformación productiva de la naturaleza le brindan a la especie humana, y el regreso abismal que la potencia destructiva y aniquiladora de las guerras, la violencia de unos contra otros, y la depredación ambiental han llevado a su máxima expresión. Nadie sabe cuál será el desenlace de este conflicto de tendencias que el ser humano pone en juego simultáneamente, pero lo que sí podemos decir es que la bioética es una toma de posición y una apuesta a favor de la vida, el respeto y la paz en la amplia variedad de temas de los que se ocupa. La bioética ha hecho y puede seguir haciendo importantes contribuciones a favor de esta cultura por una vida y un vivir en armonía e igualdad por la justicia. Y esto es extremadamente importante.

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 25-44
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos

Vulnerability, human rights, and bioethics. Turbulent relationships, unsolved conflicts

MIGUEL KOTTOW*

Resumen: La confusión entre vulnerabilidad (daño potencial) y vulneración (daño instalado) ha tenido consecuencias importantes, sobre todo al afirmarse que la vulnerabilidad conlleva la incapacidad de velar por los propios intereses. La vulnerabilidad es un rasgo antropológico que implica la libertad y la igualdad de todos los individuos, como es proclamado por los derechos humanos, y reconocido por la ética trascendental que inspira todo quehacer humano. La universalidad de los derechos básicos ha sido cuestionada porque solo son reclamables por personas con ciudadanía reconocida, y porque hay grupos sociales y culturas que prefieren marcar su singularidad y especificar los derechos.

Los derechos primarios de libertad requieren ser complementados con derechos políticos y sociales que atienden a las necesidades de individuos vulnerados, cuidando de aliviar sus desmedros y falta de empoderamiento. Este lenguaje es asumido por la bioética, entendida como la ética aplicada que reflexiona sobre intervenciones humanas en procesos vitales. Con el propósito de proteger a los vulnerados, la bioética delibera sobre decisiones sensibles involucradas en estas intervenciones, y sobre políticas públicas que norman prácticas sociales pertinentes a su ámbito de reflexión.

Palabras clave: bioética – derechos humanos – vulnerabilidad

Summary: Vulnerability as potential harm has been confused with actual damage, leading to the improper conclusion that those already harmed, therefore wrongly called vulnerable, are considered unable to take care of their own interests. Fragile, but as yet unharmed, vulnerability is an anthropological trait that implies liberty and equality as proclaimed by human rights, as well as by the ethics fundamental to all human endeavors. The universality of human rights has been put to question, arguing that they can only be claimed by individuals who are recognized as citizens. Also, different cultures and specific social groups demand the recognition of rights that are respectful of their singularity, and therefore not universal.

The fundamental rights to liberty need to be complemented by political and social rights that take care of actual needs, harms and disempowerment. This kind of language is proper to bioethics, a discipline focused upon human interventions on vital processes, deliberating upon sensitive issues that

* Médico, profesor titular de la Universidad de Chile, académico de la Escuela de Salud Pública, de la Facultad de Medicina de Santiago de Chile. Correo electrónico: mkottow@gmail.com

require decisions as well as normative public policies of social practices that pertain to its realm of reflection.

***Keywords*:** bioethics – human rights – vulnerability

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. VULNERABILIDAD.– II.1. COMO RASGO ANTROPOLÓGICO.– II.2. EL SER HUMANO VULNERADO.– II.3. VULNERABILIDAD MORAL.– III. DERECHOS HUMANOS.– III.1. DERECHO NATURAL.– III.2. DERECHOS CIUDADANOS.– III.3. CRÍTICAS CULTURALES.– IV. BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS.– V. BIOÉTICA Y VULNERABILIDAD.– VI. BIOÉTICA COMO ÉTICA APLICADA.– VII. CONCLUSIÓN (¿?).

I. INTRODUCCIÓN

Los términos del título han sido ampliamente debatidos desde muy diversas perspectivas, terminando por crear confusiones y contradicciones que han enturbiado notablemente el discurso, dando paso a conclusiones controvertidas que lesionan, en vez de esclarecer la deliberación bioética. Si se entiende la bioética como una ética enfocada, en lo fundamental, a reflexionar sobre la intervención humana en procesos vitales, queda a la vista que las polémicas teóricas interminables tensionan la paciencia de quienes requieren orientación tanto en decisiones prácticas, como en la formulación de normas y políticas públicas sobre asuntos que interesan y preocupan a la ciudadanía. Las aplicaciones tecnocientíficas sobre los extremos de la vida, la manipulación genética, los debates acerca de derechos y equidad en salud, la biotecnología de avanzada y tantos otros asuntos no han llegado a puerto, puesto que continúan las indecisiones en la práctica clínica y en la investigación médica, las disquisiciones conflictuales sobre el comienzo de la vida humana y el proceso de muerte. Las políticas públicas normativas en materias que competen a la bioética no logran acallar las controversias ante la imposibilidad de llegar sea a compromisos aceptables, o a la convivencia tolerante de diversas posturas. Anémicos han sido los mecanismos para asegurar la participación ciudadana en asuntos que a todos interesan, perpetuándose la lógica deductiva que deriva regulaciones legales y normas de conducta a partir de un puñado de máximas que se arrogan indebidamente validez universal.

Es preciso depurar los conceptos y revisar las dependencias entre ellos, porque las confusiones semánticas y conceptuales no hacen sino incrementar los desniveles de conocimiento y poder, dando aparente legitimidad al discurso *ad verecundiam* y a las prácticas autoritarias, reforzando el proceso que Habermas llamara la colonización de la razón comunicativa por la razón instrumental. El presente trabajo se propone colaborar en los intentos de esclarecimiento de estos grandes temas, abocándose a la tarea con una mirada pragmática que rechaza

las pretensiones de verdad, la justificación esencialista, las hegemonías doctrinarias, los argumentos incorregibles.

II. VULNERABILIDAD

II.1. Como rasgo antropológico

Al abandonar el teocentrismo medieval, queda en evidencia que los seres humanos «nacemos con la condición de que lleguemos a ser lo que queramos ser», una cita proveniente de Pico della Mirandola que, según su traductor y editor Gerd von der Gönna, contiene «la visión del ser humano a quien Dios dio las posibilidades mas también los riesgos de la libertad». La dignidad del ser humano, había dicho escasos decenios antes Giannozzo Manetti, «se funda en su determinación para la *Vita activa*»[1].

El ser humano viene al mundo «débil…, menesteroso..., abandonado de las enseñanzas de la naturaleza, …carente de habilidades y talentos», escribe Herder en 1770, «solo sobreviviendo merced a los cuidados y las enseñanzas de la familia, la sociedad y la adquisición del lenguaje, dejando a la vista cuán vasallo es de la ayuda humana y de la compasión colectivas»[2]. También para Pascal es lo vivo radicalmente vulnerable: «Entre nosotros y el infierno o el cielo no existe más que la vida, que es la cosa más frágil del mundo»[3]. Fragilidad que es extrema en el ser humano: «El hombre no es más que una caña, la más frágil de la naturaleza, pero es una caña pensante. No hace falta que el universo entero se arme para destruirlo, un vapor, una gota de agua es suficiente para matarlo»[4].

> Las vulnerabilidades humanas no son únicamente *características* y *persistentes* (vale decir *vulnerabilidades de la* especie), sino *variables* y *selectivas*. Los seres humanos son, por de pronto, *persistentemente* vulnerables en modos que son típicos para toda la especie: tienen una infancia prolongada e indefensa; las más esenciales capacidades físicas y sociales solo se adquieren con el apoyo de otros; dependen de prolongadas interacciones sociales y emocionales con otros; sus vidas dependen de hacer uso estable y productivo tanto del mundo natural como del creado por el hombre (son estas algunas de las razones por que son míticos los seres humanos radicalmente

1 PASCAL, Blais. *Pensamientos*. Madrid: Alianza Editorial, 1986, fragmento 152. Los «Pensées» de Pascal se presentan como fragmentos que han sido diversamente ordenados. La numeración aquí presentada es de Louis Lafuma, traductor y considerado el más acucioso recopilador de la obra de Pascal.

2 Ibídem, fragmento 200.

3 O'NEILL, Onora. *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*. Cambridge/Nueva York: Cambridge University Press, 1998, pp. 191-192.

4 RENDTORFF, Jacob Dahl & Peter KEMP. *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw* (volúmenes 1-2). Copenhague/Barcelona: Centre for Ethics and Law, Copenhagen/Institut Borja de Bioética, Barcelona, 2000, p. 46.

> solitarios pero competentes). La protección contra injurias en vista de estas vulnerabilidades ubicuas y predecibles de la condición humana, son en gran medida tarea de la justicia[5].

El Proyecto BIOMED-II también definió la vulnerabilidad como inherente a la condición humana:

> La descripción de vulnerabilidad es considerada como una descripción de integridad personal. El ser humano corpóreamente encarnado es visto como vulnerable en el sentido de poder ser dañado, sometido a riesgos y amenazas contra su integridad […] Ciertamente, la característica de temporalidad y finitud de la vida humana indica que la condición humana es muy frágil. La vulnerabilidad significa que debemos vivir con la mortalidad[6].

Es de notar que estas definiciones entienden que el vulnerable no está dañado, pues aún cuenta con su integridad personal que se encuentra amenazada, o sea, potencialmente dañable, pero no de hecho dañada. La vulnerabilidad de la vida está marcada por su eventual e inevitable extinción, lo que da pábulo a entenderla como la fragilidad última del proyecto existencial, un *Dasein* permanentemente en riesgo de fracasar, pero aún no fracasado.

Para remarcar aún más la distinción entre vulnerabilidad persistente y vulnerabilidad selectiva, se ha propuesto hablar de vulnerabilidad como rasgo existencial y de susceptibilidad en personas o grupos humanos que han dejado de ser potencialmente dañables por cuanto ya han sufrido un desmedro que los amenaza con daños adicionales y para quienes, para diferenciar las dos categorías, se sugirió el terminado mulcados[7].

Estas observaciones sobre vulnerabilidad han tenido dos giros que las impurifican y alejan del concepto prístino de vulnerabilidad como condición humana frágil. Por una parte, la vulnerabilidad es elevada a ser «el más esencial de los principios en bioética y bioderecho»[8], lo que aparece como una flagrante violación de la falacia naturalista, puesto que una descripción antropológica es elevada, sin intermediación, a la categoría normativa del más primario de los principios bioéticos[9]. Por otra parte, la vulnerabilidad vinculada a la integridad es precipitadamente interpretada como vulneración

5 El término latino *mulcatus* quiere decir dañado. KOTTOW, Miguel. *Ética de protección*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

6 KOTTOW, Miguel. «Vulnerability: What Kind of Principle Is It?». *Medicine, Health Care and Philosophy*, VII, 3 (2004), pp. 281-287.

7 FAYOS FEBRER, Rafael. «Vulnerabilidad e indigencia de la condición humana». En CAYUELA, Aquilino (ed.). *Vulnerables: Pensar la fragilidad humana*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2005, pp. 10-30, pp. 16-17.

8 KIPNIS, Kenneth. «Seven Vulnerabilities in the Pediatric Research Subject». *Theoretical Medicine and Bioethics*, 24, 2 (2003), pp. 107-120.

9 Ibídem, p 46.

reparable: «La enfermedad es una alteración del estar-en-el-mundo y expresa nuestra fundamental vulnerabilidad. Así, la medicina es una compensación por la vulnerabilidad existencial del ser humano»[10]. La medicalización de la existencia humana es uno de los primeros efectos negativos, por haber permitido el deslizamiento de un concepto antropológico hacia una situación de daño corpóreo requirente de atención terapéutica a solicitud de un principio bioético.

Las administraciones de apoyo y cuidado también se han expresado en términos sociales:

> Cuando decimos que el hombre es apertura al mundo, queremos manifestar la ausencia de clausura en razón de la falta de especialización biológica y de vinculación instintiva al medio que encontramos en los animales. Esto hace al hombre vulnerable y radicalmente dependiente de los demás. Vulnerable porque mientras no aprenda a relacionarse con el mundo, a dominarlo y a controlarlo, este será una amenaza para él[11].

Dominar y controlar el mundo, ya lo dijo Francis Bacon, es la antesala desde donde mejorar el sino de la humanidad, pero resulta difícil imaginar cómo los fundamentos éticos y los mecanismos sociales conseguirán que los logros tecnocientíficos sean puestos a disposición de todo ser humano a fin de permitirle reducir individualmente su vulnerabilidad existencial.

Es preciso insistir que, en tanto se reconozca la vulnerabilidad como atributo antropológico esencial, habrá de evitarse entenderla como principio bioético u homologarla con desmedros ya instalados. El camino desde la descripción hacia una prescripción ética con pretensiones de universalidad es materia de una reflexión compleja y aún inédita.

II.2. El ser humano vulnerado

La mayoría de los aportes al discurso bioético sobre vulnerabilidad ha preferido el concepto minimalista, pero equivocado, de relacionar vulnerabilidad con daño establecido. Desde la bioética en investigación con seres humanos se ha reclamado el uso desmedido e impreciso, por el Informe Belmont y otros documentos regulatorios, del predicar vulnerabilidad en individuos y grupos sociales desaventajados; asimismo, también se pretende atribuir vulnerabilidad y negar autonomía de decisión informada a personas dependientes —prisioneros—, o que tienen competencia mental limitada, pero de ningún modo abolida. Arbitrariamente se homologa «vulnerabilidad»

10 Council for International Organizations of Medical Sciences. *Pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos*. Ginebra: CIOMS/OPS/OMS, 2002, p. 69.

11 Rhodes, Rosamond. «Rethinking Research Ethics». *American Journal of Bioethics*, V, 1 (2005), pp. 7-28.

con daño y con incapacidad para tomar decisiones[12]. De este modo se identifica subpoblaciones como vulnerables según el tipo de desmedro que de hecho sufren, llegando a tipificar vulnerabilidades como causas de supuesta incapacidad de personas para llegar a un consentimiento informado. Esta clasificación opera como una «taxonomía que ofrece distinciones útiles, que llevan a las dos inferencias que cualquier persona que calza con alguna de estas categorías es vulnerable, en tanto que todo individuo capaz de consentir sin interferencias no lo es»[13].

Pero este, señalan los autores, es un uso excesivamente amplio y, a su vez, demasiado restringido del término vulnerabilidad. Muy amplio, porque la multitud de criterios de vulnerabilidad termina por englobar a todos hasta convertirla en «un concepto demasiado nebuloso para ser significativo», y demasiado estrecho por concentrarse en características grupales y desatender la posibilidad de daño físico individual[14]. El uso inflacionario de la categoría vulnerabilidad tiene consecuencias éticas considerables, si se sindica a las personas vulnerables como «absoluta o relativamente incapaces de proteger sus propios intereses. Específicamente, pueden tener insuficiente poder, inteligencia, educación, recursos, fuerza u otros atributos necesarios para proteger sus intereses»[15]. Tampoco es éticamente tranquilizador leer que «toda población o grupo al interior de una sociedad debe considerarse como vulnerable si carece de derechos fundamentales y libertades que forman una parte esencial para decidir el curso básico de su vida»[16]. Personas en las situaciones descritas no son potencialmente vulnerables, sino de hecho profunda y esencialmente carenciadas.

Hay en lo presentado una doble falacia: primero, por confundir vulnerable con vulnerado, ya que el sufijo *ble* «indica posibilidad pasiva, es decir, capacidad o aptitud para recibir el verbo»[17]. Y segundo, al deducir que todo vulnerable/vulnerado es imputado como incapaz de tomar decisiones autónomas, como si todo daño —corpóreo, psíquico o social— implicara sin más la pérdida de la competencia mental.

En una argumentación diametralmente opuesta a la de quienes postulan la vulnerabilidad como condición humana, se señala: «el peligro que entraña sostener la noción existencial y esencialista de la vulnerabilidad es el riesgo de naturalizar la vulnerabilidad e ignorar la vulnerabilidad que se da en la situación de investigación. Así, si todos somos igualmente

12 Joffe, Steven & Franklin Miller. «Bench to Bedside: Mapping the Moral Terrain of Clinical Research». *The Hastings Center Report*, 38, 2 (2008), p. 40.
13 Honneth, Axel. «Recognition and Moral Obligation». *Social Research*, 64, 1 (1997), p. 28.
14 Honneth, Axel. *Crítica del agravio moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009.
15 Honneth, Axel. «Recognition and Moral Obligation», p. 20.
16 Ibídem, p. 23.
17 Maritain, Jacques. *Natural Law. Reflections on Theory and Practice*. South Bend: St. Augustine's Press, 2001, p. 58.

vulnerables, nadie es específicamente vulnerable, es más, nadie necesita de ninguna protección especial»[18]. Para evitar esta supuesta negligencia, la autora propone una «concepción estratificada por capas» para constituir la vulnerabilidad en una «sutil herramienta que permita identificar *toda* la exuberancia que presenta la realidad y exhiba *todas* las diferencias y variaciones que ella ofrece»[19]. No obstante, para hacer valer estas diferenciaciones, sería preferible reservar la vulnerabilidad como atributo antropológico general y reconocer como vulneradas o mulcadas a las personas que, habiendo perdido su integridad, ya no son frágiles y potencialmente dañables, sino de hecho y concretamente desmedradas.

Este último aporte al debate deja en claro que no estamos frente a una mera escaramuza semántica, por cuanto el modo de entender vulnerabilidad tiene importantes consecuencias para la bioética. La crítica de que la vulnerabilidad existencial y esencialista naturaliza el concepto, lleva precisamente a la conclusión opuesta de la presentada. Si la vulnerabilidad es estratificada, clasificada según el desmedro, o tipificada según la causa que impide un consentimiento informado adecuado, se termina en la postura de diagnosticar vulnerabilidades en forma genérica sin especificar el daño y asumir la reparación. Por ejemplo, si las personas con competencia mental reducida son entendidas como «vulnerables», no resulta comprensible que sean incorporadas impositivamente en estudios clínicos no terapéuticos, en vez de especificar su daño y respetar que no pueden ser reclutados como sujetos de una investigación carente de todo beneficio médico para ellos[20].

Al no definir los desmedros que sufren los vulnerados, escondiendo las especificidades bajo la etiqueta «vulnerables», no habrá tampoco la instauración remedial y compensatoria de los daños presentes. Esta negligencia se observa en protocolos de investigación a realizarse en poblaciones pobres y escasamente educadas, que son catalogadas como vulnerables con el fin de anticipar eventuales dificultades en sonsacar el consentimiento informado, pero no para instaurar programas específicos de equidad social y educación. El caso más craso es reconocer a los pacientes como individuos «vulnerables» para luego reclutarlos como probandos (sujetos de investigación), que carecerán de protección médica y ético-clínica, arguyendo que: «la conclusión más razonable es que los RCT [Randomized Clinical Trials] deben regirse por normas éticas apropiadas para la investigación clínica, que difieren del beneficio

18 Luna, Florencia. «Vulnerabilidad: un concepto muy útil. Abandonando los "corsets teóricos"». *Revista Redbioética/UNESCO*, 2, 1 (2011), pp. 85-90, p. 86.
19 Ibídem, p. 87.
20 Rhodes, Rosamond. «Rethinking Research Ethics». *American Journal of Bioethics*, V, 1 (2005), p. 7-28.

terapéutico y la no maleficencia terapéutica»[21]. «La orientación científica ayuda a especificar adecuadamente los principios éticos biomédicos del contexto de la investigación clínica como distintos a los cuidados médicos»[22]. Estas muy discutibles propuestas ignoran la distinción vulnerable/vulnerado y delatan su confusión al investigar en pacientes —vulnerados—, sin atender adecuadamente a su consentimiento informado, puesto que al catalogarlos de vulnerables también se les imputa incompetencia mental. Se explica así la tendencia a considerar como poblaciones vulnerables a aquellas que «están en riesgo de ser mal utilizadas en el curso de investigaciones biomédicas»[23].

II.3. Vulnerabilidad moral

Si Rousseau consideraba el estado natural del ser humano como vulnerable al punto de impedirle la sobrevivencia, pone Hobbes el acento en que no es la naturaleza, sino el agresivo congénere quien amenaza la vulnerabilidad por negarse a reconocer y respetar al prójimo como sujeto moral: «moralidad es la quintaesencia de actitudes que nos obligamos mutuamente a adoptar a fin de asegurar conjuntamente las condiciones de nuestra integridad personal»[24].

El ser humano solo sobrevive si se integra en sociedad, lo que significa crear vínculos, relaciones y actitudes cooperativas entre personas que se reconocen mutuamente. Es Hegel quien primeramente hace ver la necesidad del ser humano de constituir la relación consigo mismo, con el fin de desarrollar la «integridad personal» necesaria para convivir con los otros. Desde hace algunos años, revive su pensamiento con el desarrollo de una ética del reconocimiento[25]. «La conciencia de sí del ser humano depende de la experiencia de reconocimiento social»[26]. El reconocimiento entre personas ocurre a tres niveles: en la naturaleza primaria de necesidades materiales y afectivas; en la constitución personal de una moralidad responsable; y en la conciencia de poseer ciertas competencias de funcionamiento cooperativo en la sociedad —reverbera aquí el concepto de empoderamiento de Sen—. En conjunto, estos modos de reconocimiento conforman la identidad de la persona en la autoconfianza, la autoestima y la valoración de sí. «Son moralmente vulnerables solo aquellos seres vivos que pueden relacionarse reflexivamente con sus propias vidas en el sentido de estar

21 Miller, Franklin & Howard Brody. «A Critique of Clinical Equipoise. Therapeutic Misconception in the Ethics of Clinical Trials». *The Hastings Center Report*, 33, 3 (2003), pp. 19-28, p. 25.
22 Joffe, Steven & Franklin Miller. «Bench to Bedside: Mapping the Moral Terrain of Clinical Research». *The Hastings Center Report*, 38, 2 (2008), p. 40.
23 Park, Stephanie & Mitchell Grayson. «Clinical Research: Protection of the "Vulnerable"?». *The Journal of Allergy and Clinical Immunology*, 121, 5 (2008), p. 1103.
24 Honneth, Axel. «Recognition and Moral Obligation». *Social Research*, 64, 1 (1997), p. 28.
25 Honneth, Axel. *Crítica del agravio moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009.
26 Honneth, Axel. «Recognition and Moral Obligation», p. 20.

volitivamente preocupadas de su propio bienestar»[27]. Las incertidumbres y obstáculos para el cumplimiento de estas tres etapas de reconocimiento tienen marcada relevancia en la presente discusión por cuanto introducen el concepto de «vulnerabilidad moral», además de develar, por un lado, la importancia del reconocimiento riguroso, preciso y libre de la vulnerabilidad humana y, por el otro, de vulneraciones específicas que sufren individuos y sociedades.

III. DERECHOS HUMANOS

III.1. Derecho natural

Jacques Maritain pone al día la definición de Tomás de Aquino sobre derecho natural: «Es la participación en la Ley Eterna otorgada a la criatura racional lo que se denomina Ley Natural», y agrega otra cita aclaratoria: «Todo conocimiento de la verdad es una especie de reflejo de, y participación en, la Ley Eterna, que es la verdad inmutable […] En realidad, si Dios no existe, la Ley Natural carece de poder impositivo. Si la Ley Natural no incluye la razón divina, no es ley, y si no es ley, no obliga». De este modo, Maritain contraviene la opinión de Grotius de que aun si Dios no existiese —pensamiento absurdo—, la ley natural igualmente mantendría «su dominio y su autoridad sobre nosotros». Puesto que el derecho natural se basa en la naturaleza humana, regula deberes y derechos «que se conectan "*necesariamente*" con el primer principio: "Haz el bien y evita el mal"». La vinculación con derechos humanos está dada en el mismo texto: «La misma ley natural que fija nuestros deberes más fundamentales, en virtud de las cuales cada la ley es vinculante, es la ley que nos asigna nuestros derechos fundamentales»[28].

La *ley positiva,* o cuerpo de leyes (consuetudinarias o estatutarias) vigentes en un determinado grupo social,

> [...] se refiere a los derechos y deberes que se conectan con el primer principio, pero de un modo *contingente*, en virtud de determinadas formas de conducta establecidas por la razón y la voluntad humana cuando instituyen las leyes o dan nacimiento a costumbres en una sociedad particular, de este modo aseverando de sí mismas que en ese grupo en particular ciertas cosas serán buenas y permisibles, otras siendo malas y no permisibles[29].

Maritain concede que hay «transiciones imperceptibles (al menos desde el punto de vista de la experiencia histórica) entre Ley Natural,

27 Ibídem, p. 23.
28 MARITAIN, Jacques. *Natural Law. Reflections on Theory and Practice.* South Bend: St. Augustine's Press, 2001, p. 58.
29 Ibídem, p. 64.

Ley de las Naciones, y Ley positiva»[30], lo cual abre las puertas para que la filosofía pragmática desarrolle una visión más sobria y critica de los derechos humanos.

De este complejísimo y multifacético temario político, jurídico y moral, el presente ensayo solo extrae algunos aspectos necesarios para proseguir su objetivo de analizar las relaciones entre derechos universales y bioética para enfrentar y proteger la vulnerabilidad humana. Es de notar que los derechos humanos universales son invocados menos como afirmación que como protesta y negación cuando son violados, al punto que algunas orientaciones políticas sostienen que «tal vez no podamos crear democracias o constituciones. La libertad liberal [en algunas sociedades] puede estar lejos de realizarse. Pero al menos podríamos hacer más de lo que hacemos para frenar sufrimientos inmerecidos y crueldades físicas ingentes[31].

III.2. Derechos ciudadanos

Nadie podrá razonablemente negar la excelencia ética de los derechos humanos, aunque persisten más discusiones de lo deseable sobre la necesidad de excepcionalmente promover la violación de derechos esenciales[32]. No obstante, la generalidad de estos derechos solo «implica un derecho universal a la política», debiendo reconocerse tanto como derechos políticos como también de participación política, ejercidos como ciudadano, es decir, en tanto miembro de una comunidad social y política[33].

El nacimiento de cada ser humano lo sitúa como poseedor de derechos esenciales que, al unir natividad con nacionalidad, concede derechos ciudadanos a todos los que nacen en un territorio y luego ejercen sus derechos políticos en ese ámbito nacional. Este pensamiento esconde toxicidades tremendas, por cuanto si los derechos humanos arraigan en quienes nacen con el atributo único de ser humanos y deben transformarse en derechos ciudadanos, creando con ello bordes de exclusión. En el otro extremo, los derechos humanos en cuanto naturales son lo único que queda a los individuos que son degradados a la nuda existencia de *homo sacer* —Guantánamo, Abu Ghraib—

30 Ignatieff, Michael , citado en Brown, Wendy. «"The Most We Can Hope For...". Human Rights and the Politics of Fatalism». *Southern Atlantic Quarterly*, 103, 2-3 (2004), p. 452.

31 Sobre todo a raíz de los ataques terroristas en recientes años, resurge entre algunos filósofos la justificación de las guerras santas y la tortura, siendo denunciados como la degradación de seres humanos a la categoría de *homo sacer* (Agamben, Giorgio. *Homo sacer*. Valencia: Pre-Textos, 2003) o «musulmanes» (Levi, Primo. *Si esto es un hombre*. Barcelona: Muchnik Editores, 2003). Cursa, asimismo, la afirmación de que el terrorista ha dejado de participar en los derechos humanos (Gross, Michael. *Bioethics and Armed Conflict*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 2006).

32 Balibar, Étienne. «Is Philosophy of Human Civic Rights Possible? New Reflections on Equaliberty». *South Atlantic Quarterly*, 103, 2-3 (2004), p. 312.

33 Rancière, Jacques. «Who Is the Subject of the Rights of Man?». *South Atlantic Quarterly*, 103, 2-3 (2004), p. 302.

o son marginados de ejercer derechos ciudadanos por no ser nacionales, sino inmigrantes marginados y excluidos. Estos desposeídos mantienen, por definición, los derechos humanos, pero no pueden hacer uso de ellos de modo que, al decir de Hannah Arendt, siendo derechos de quienes no tienen derechos, son la «mera burla de derechos». Desarrollando estos pensamientos y los de Giorgio Agamben, el filósofo francés Jacques Rancière llega a una fórmula paradójica: «los Derechos Humanos son los derechos de quienes no poseen los derechos que tienen y tienen los derechos que no poseen»[34]. Lo importante es que los excluidos, que no pueden hacer uso de sus derechos ciudadanos, mantienen el derecho de luchar por la obtención de esos derechos en circunstancias en las que son impotentes para hacerlo. La inferencia política es que el ser humano prepolítico no tiene poder para hacer valer su derecho a poseer derechos, o sea, tiene el derecho, pero no puede ejercerlo. En consecuencia, se desencadenan movimientos humanitarios que asumen en forma vicariante un «derecho a interferencia humanitaria» en un movimiento que equivale a la devolución postal al remitente: quienes proclaman los atropellos a los derechos humanos reconocen la impotencia de las víctimas para protegerse y retoman la lucha por adjudicar estos derechos, lo cual ocurre bajo las consignas políticas del «liberador». En suma, las fuerzas neoliberales implantan su modalidad de democracia que presupone lo que Balibar llama *ecualibertad*, pero sometida a las inclemencias del mercado y de la globalización.

La comunidad humana reconoce la igualdad y libertad de todos, pero al transformarse en sociedad, inevitablemente crea divisiones de trabajo, jerarquías y áreas de poder que obstaculizan la igualdad y restringen la libertad individual[35]. Echando por tierra la proclamada universalidad de los derechos humanos, develan estos esclarecimientos inconsecuencias que requieren reflexión antes que aceptación incuestionada, así reconocer las brechas que aparecen al contrastar la *Realpolitik* con las declaraciones oficiales.

III.3. Críticas culturales

Los derechos humanos son un constructo de la cultura occidental, fuertemente arraigada en los valores del individuo. El pensamiento asiático no se siente interpretado por esos derechos desde una visión de mundo que da más importancia a las relaciones humanas —familia— y a la integración de lo humano con la naturaleza. En otros

34 Rancière, Jacques. *En los bordes de los político*. Buenos Aires: Ediciones La Cebra, 2007.
35 Noddings, Nel. «Caring, Social Policy, and Homelessness». *Theoretical Medicine and Bioethics*, 23, 6 (2002), pp. 441-454.

modos de pensar, los derechos humanos son secundarios a lealtades trascendentes cuya defensa requiere amenazar y destruir vidas humanas.

Una crítica considerable proviene de quienes señalan que el respeto humano a los derechos cívicos y políticos promueve un *statu quo* que se sostiene paradójicamente en base a una violación estructural de derechos que no es reconocida por los perpetradores y, por lo tanto, se vuelve persistente. La pretendida universalización de los derechos humanos obtura la visión de diferencias étnicas o de género; del pensamiento feminista proviene el reclamo de que los derechos de la mujer le son propios *qua* mujer, buscando además la igualdad no discriminatoria y la afirmación de su especificidad[36]. Una similar bandera ha sido enarbolada por minorías étnicas que bregan por el *derecho a la diferencia*. Esta crítica es ampliada al reconocer que el sujeto de derechos universales es abstracto y que, al aplicarse al ciudadano inmerso en prácticas políticas y sociales, se introduce una «brecha entre la universalidad de los derechos humanos y los derechos políticos del ciudadano»[37].

IV. BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

Las reflexiones de Jonathan Mann son posiblemente las primeras en vincular derechos humanos con ética de la salud pública, una línea continuada especialmente en Latinoamérica por destacados autores empeñados en marcar la indisolubilidad y especificidad del vínculo entre bioética y derechos humanos. «La bioética de los Derechos Humanos no es más que la postulación de una moral universalmente reconocida»[38]. Una vinculación transparente entiende a la bioética como encargada de «ocuparse de pensar la salud […] como un derecho inalienable»[39]. Por otra parte, los discursos bioéticos están en permanente riesgo de desgranarse bajo influencia de diversos contextos culturales, adoptando una postura de oposición a todo fundamentalismo o pretensión de universalidad que consecuentemente también debiera oponerse a la universalización de derechos.

Con la proclamación de la *Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos* (2005), se logró todo menos el anhelado consenso moral, más bien desencadenando una polémica sobre la oportunidad de una Declaración en circunstancias en las que la bioética está plagada de controversias y desacuerdos. La discusión provocó el mordaz comentario de que la bioética no es «una plaza de juegos para políticos y expertos

36 Žižek, Slavoj. «Against Human Rights». *New Left Review*, 34 (2005), p. 130.

37 Tealdi, Juan Carlos. «Bioética de los Derechos Humanos». En Tealdi, Juan Carlos (ed.). *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: Unesco/Universidad Nacional de Bioética, 2008, p. 180.

38 Pfeiffer, María Luisa. «Ética y derechos humanos. Hacia una fundamentación de la bioética». *Revista Brasileira de Bioética*, 2 (2006), p. 297.

39 Landman, Willem & Udo Schüklenk. «Unesco "Declares" Universals on Bioethics and Human Rights. Many Unexpected Universal Truths Unearthed by UN Body». *Developing World Bioethics*, 5, 3 (2005), p. vi.

nombrados por los gobiernos para divagar en forma inconsecuente, discutible y no muy sofisticada sobre ética»[40]. La calidad y coherencia de estas críticas no son relevantes en el presente contexto, ni tiene valor retórico reclamar que una declaración internacional es incapaz de influir sobre culturas y costumbres, una crítica que habrá de valer para toda propuesta ética. Lo que ha de quedar es que una documento tan controvertido como la Declaración difícilmente puede ser invocado como un sostén teórico y político robusto para impulsar el debate bioético.

Eslabonar bioética y derechos humanos es la mixtura inestable entre un discurso ético prioritariamente dirigido al individuo, y una proclamación política dirigida a los Estados. Es cierto que los derechos humanos se refieren a las personas y que el Estado es llamado a ser el garante de su cumplimiento, pero esta fórmula se complica al reconocer que la clasificación de derechos humanos de primera, segunda y tercera generación son del todo artificiales: «los derechos humanos están formulados para asegurar no solo la libertad de elegir entre opciones, sino también la libertad para establecer opciones de vida»[41]. En consecuencia, la bioética no podría dejar de incursionar en el terreno de la política para impulsar las iniciativas estatales por empoderar a sus ciudadanos, mas tampoco podrá dejar de lidiar con quienes señalan que los derechos humanos solo podrán «ser efectivos y capaces de guiar la acción» si logran enfrentar problemas contextuales de escasez y prioridades: «En otras palabras, los derechos humanos institucionales no son, estrictamente hablando, derechos *humanos* inalterados. Más bien, presentan semejanzas con derechos *políticos* que son reconocidos por Estados en base a su propia política cultural y prioridad de valores»[42]. La universalidad queda desmentida por la *Realpolitik* y por los avatares de la *Lebenswelt,* que determinan lo factible; queda mellada toda garantía de que los derechos primarios serán respetados, lo que en la vida real significa que el Estado se declara insolvente para asegurar tanto derechos negativos —falta de policías para proteger contra agresiones—, como positivos de atención médica, educación, etcétera: «La *Declaración Universal* adopta una visión simple e insatisfactoria sobre los deberes requeridos para asegurar derechos: los asigna a los *Estados.* Convenientemente ignora la realidad que algunos Estados no se comprometen con derechos y otros son demasiado débiles para asegurarlos»[43]. Queda en evidencia la incapacidad intrínseca de los derechos humanos para servir

40 Tealdi, Juan Carlos. «Bioética y Derechos Humanos». *Revista Brasileira de Bioética*, III (2007), p. 374.

41 Arras J.D. & E.M. Fenton. «Bioethics & Human Rights: Access to Health-Related Goods». *The Hastings Center Report*, 39, 5 (2009), p. 35.

42 O'Neill, Onora. *A question of trust.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 30.

43 Singer, Peter. *Practical Ethics.* Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

de plataforma estable que estimule un lenguaje bioético generalizable al mismo tiempo que protector de los individuos.

Un escollo insalvable para la reflexión bioética es que no tiene claridad sobre lo que es un derecho e incurre en profundas discrepancias sobre lo que significa «humano». Un derecho es un privilegio voluntariamente reclamable, cuya legitimidad proviene de ser socialmente aceptado, y cuya validez depende de que alguien asuma la obligación correlativa de satisfacer ese derecho. En cuanto a lo humano, la dotación genética tradicionalmente considerada como definitoria de humanidad ha sido cuestionada por la manipulación de genes y por algunos pensadores que rechazan la prioridad ética de lo humano como un «especieismo» injustificado[44].

El *Pacto de San José de Costa Rica* señala que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida». Lo que parece un postulado universal no lo es desde el momento en que no tenemos una definición concordada de persona, ni siquiera hay acuerdo sobre si persona es sinónimo de ser humano, o si se refiere, como todas las definiciones indican —Boecio, Santo Tomás, Kant, Locke—, a seres humanos racionales. Carecemos, incluso, de consenso sobre cuándo comienza la vida humana, y sobre si una persona privada de actividad cerebral cortical —estado vegetativo persistente— mantiene los atributos de un ser humano, lo que parece puesto en duda por el término *vegetativo*.

El automatismo hermenéutico de presentar el concepto de persona como un hecho antropológico determinado e indiscutible, tendrá que lidiar con lo dicho por Simone Weil: «lo que es sagrado, muy lejos de ser la persona, es lo que en un ser humano resulta impersonal. Todo lo que es impersonal en el hombre resulta sagrado, y solo eso»[45].

La bioética brega con estas polémicas y con las permisiones o prohibiciones que de ello derivan: ¿es el aborto una interrupción del embarazo o un homicidio? ¿se respetan los postulados de muerte digna cumpliendo con los deseos eutanásicos del paciente, o más bien instituyendo medidas paliativas y de soporte aun eventualmente contra la voluntad del enfermo y sus prójimos? Son problemas bioéticos crónicos en su persistencia, agudos en las angustias y sufrimientos que los acompañan, donde el recurso a los derechos humanos en nada ayuda porque no ofrece certeza de estar empleando conceptos básicos consensuados.

El respeto a la vida siempre alberga excepciones, como es el homicidio en defensa propia y el *jus ad bellum*, así como la pena de muerte

44 Weil, Simone. *An Anthology*. Nueva York: Grove Press, 1986, p. 54.
45 Esposito, Roberto. *El dispositivo de la persona*. Buenos Aires/Madrid: Amorrortu Editores, 2011, p. 69.

o la condena a encarcelamiento de por vida, ambas violaciones del derecho a la vida porque cercenan y reducen la existencia humana. Justificado o no, el hecho es que la ley y la moral conocen el derecho a negar el derecho a la vida, de este modo niegan la universalidad, la naturalidad y la esencialidad de los derechos humanos. Imposible pasar por alto «la insuperable antinomia de aquello que se dio en llamar [derechos naturales], es decir, la aporía de definir como natural un artificio o como artificial un hecho de la naturaleza», acentuando de este modo el naufragio conceptual de la bioética[46].

V. BIOÉTICA Y VULNERABILIDAD

La vulnerabilidad es un tema sobreexpuesto en la literatura bioética que ha dado lugar a una diversidad extrema de interpretaciones y definiciones, creando un abanico conceptual que va desde considerar la vulnerabilidad como el «principio ontológicamente prioritario ante otros principios»[47], hasta preguntar si acaso es «un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria»[48]. Al interior de esta diversidad se detecta una fuerte tendencia a utilizar el concepto con fines pragmáticos, amalgamando la fragilidad con el daño instalado y con deficiencias de autonomía. Es necesario, por ende, reconstruir un concepto contemporáneo que incorpore dos premisas ineludibles: 1) la secularización del pensamiento occidental obliga a entender la vulnerabilidad independientemente de creencias religiosas que podrán ser válidas al interior de ciertas doctrinas, pero no son generalizables; 2) la vulnerabilidad como característica existencial de un ser arrojado en el mundo queda trunca, pues más que arrojado, el ser humano es primariamente relacional, se encuentra desde siempre instalado en, y relacionado con, el mundo, lo cual significa que todo proyecto existencial se realiza a través de interconexiones con otros seres humanos[49].

A este fundamento relacional apunta la ética del reconocimiento al situar la vulnerabilidad moral en la base de la existencia humana, con sus tres momentos: supervivencia biológica, empoderamiento social y competencia moral. Reconocidos estos tres niveles, el ser humano se sabe miembro de una especie existencialmente vulnerable, es decir,

46 KOTTOW, Miguel. *Bioética relacional*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2012 (en prensa).

47 «¡cuán pomposa e inútilmente son [los derechos] llamados <humanos>!» acusa Esposito, para luego añadir: «el simple repaso estadístico, en términos absolutos y relativos, de los muertos por el hambre, por las enfermedades, por la guerra, que marcan todos los días del calendario contemporáneo, parece refutar de por sí la propia enunciación de un derecho a la vida» (ESPOSITO, Roberto. Ob. cit., p. 44).

48 MORALES GIL DE LA TORRE, Héctor. «Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos». En MORALES GIL DE LA TORRE, Héctor (coord.). *Derechos humanos: dignidad y conflicto*. México D.F.: Universidad Interamericana, 1996, p. 19.

49 O'NEILL, Onora. *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasonin*. Cambridge/Nueva York: Cambridge University Press, 1998.

acechado por los peligros y riesgos de sucumbir y la necesidad de lograr protección cooperativa contra estas amenazas.

La pregunta que surge es si acaso el reconocimiento de la vulnerabilidad moral y existencial solicita en forma perentoria una respuesta protectora y, de ser así, a quién apela este requerimiento de resguardo. La ética del reconocimiento habla por de pronto de la relación que los seres humanos establecen entre sí, relaciones naturales y sociales que son necesarias, fructíferas y asumidas con la responsabilidad mutua derivada de la ética de esas relaciones, pero deja sin comentar el vector político que las regula.

La vulnerabilidad existencial significa que todo ser humano desarrolla su proyecto de vida en cooperación con los demás, lo cual presupone que todos los miembros de la especie humana son moralmente iguales entre sí, y libres de desarrollar su existencia en tanto no coarten otras libertades. Todo ser humano es libre para operar conjuntamente en el fomento y la mantención de esa igualdad y esa libertad, como lo proclama la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en sus primeros tres artículos, el resto siendo especificaciones de las premisas básicas. Al no ir más allá de ratificar la libertad y la igualdad, los derechos fundamentales requieren ser complementados mediante agregados que hablen de los derechos de segunda, tercera y cuarta generación. Dado su origen iuspositivista, no pueden estos derechos políticos y sociales pretender universalidad y, por ende, crean crecientes brechas entre proclamación y realización.

La universalidad de los derechos humanos, consistente en el llamado a la igualdad y libertad, los hace totalmente coincidentes con la definición amplia de lo que es la ética: una reflexión sobre actos humanos realizados en libertad y con responsabilidad entre iguales[50]. Los derechos humanos, al igual que la ética, reconocen los elementos fundacionales de la vida humana relacional, que se han definido como «las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad»[51]. Los derechos humanos universales apelan a la necesidad de fomentar condiciones que permitan proteger la vulnerabilidad existencial de todo ser humano. Notorio es lo abstracto de su definición, que no contempla la necesidad de intercesión y reparación cuando estas condiciones no se dan por cuanto la relación interpersonal y con la sociedad queda trunca. Toda existencia humana sufre vulneraciones —enfermedades, pérdidas, rupturas— y una substancial mayoría de la humanidad lleva

50 Ibídem, p. 147.

51 Morales Gil de la Torre, Héctor. «Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos». En Morales Gil de la Torre, Héctor (coord.). *Derechos humanos: dignidad y conflicto*. México D.F.: Universidad Interamericana, 1996, p. 19.

una existencia irremediablemente vulnerada por miseria, desnutrición, mortalidad prematura, dejando en evidencia que la proclamación de los derechos humanos universales no es capaz de proteger la vulnerabilidad intrínseca de la vida humana.

VI. BIOÉTICA COMO ÉTICA APLICADA

Útil resulta recordar la distinción de Max Weber entre razón teleológica —*Zweckrationalität*— y razón valórica —*Wertrationalität*—, sobre todo en su reformulación por Habermas, quien habla de razón instrumental empeñada en mejorar la adaptación del ser humano, y de razón comunicativa cuyo norte es su emancipación, vale decir, la reducción de dependencias coercitivas y arbitrarias. La razón instrumental fagocita a la razón comunicativa, ejerciendo una cada vez mayor hegemonía de metas pragmáticas, instalando determinantes tecnocientíficas insensibles a toda ponderación ética.

Surge la necesidad de generar instrumentos jurídicos y políticos para enfrentar las vulneraciones que los seres humanos inevitablemente sufren en el transcurso de sus vidas, requiriendo instancias sociales de reparación (O'Neill) y empoderamiento (Sen) para fortalecer la capacidad propia de defensa contra daños y la adquisición de instrumentos de realización.

Los derechos humanos de segunda generación hacen hincapié en bienes y servicios que todo ser humano requiere para sobrevivir y desarrollar su proyecto de vida, conociéndose esta aspiración bajo el nombre algo ambiguo de derecho a bienestar, para diferenciarla de los derechos a libertad consagrados en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de primera generación. Los derechos a bienestar requieren para su cumplimiento de la institucionalización social de la razón instrumental. Es aquí donde se produce un hiato entre proclamación de derechos y asunción de obligaciones, dado que las declaraciones pretenden validez universal de derechos, mas se estrellan con cumplimientos limitados por factores coyunturales[52].

Las instituciones sociales que proporcionan los bienes y servicios en reconocimiento de los derechos de bienestar difícilmente cumplirán su cometido si se disponen a esperar la presentación de los requirentes de derechos en vez de asumir las obligaciones de atención ante todos los necesitados, tengan o no estos la competencia para exigir sus derechos. Solo asumiendo proactivamente sus obligaciones podrán

52 O'Neill, Onora. *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasonin.* Cambridge/Nueva York: Cambridge University Press, 1998.

las instituciones sociales alcanzar a los marginados y desempoderados demasiado débiles para demandar sus derechos.

De allí que el lenguaje de obligaciones sea más vinculante en su compromiso y más controlable en su cumplimiento que la proclamación de derechos. Las obligaciones de proveer servicios y bienes básicos son universales por corresponderle a todo ser humano, son especiales al originarse «en roles, instituciones y relaciones específicas», y son obligaciones perfectas desde el momento que son identificables los portadores de deberes y los portadores de derechos. Las *«obligaciones especiales y perfectas* requieren estructuras sociales o prácticas que conectan a agentes específicos con receptores de acción a su vez específicos, a quienes aquellos se deben y para quienes tienen el deber de proveer, siendo que estos son los detentores de los respectivos derechos especiales»[53].

Para la bioética, detentores de derechos son todos quienes sufren afectación de su vulnerabilidad por daños a su integridad corpórea, especialmente si su desmedro les impide acceder a las instituciones de atención médica e integrarse activamente a la prevención de enfermedades, o si viven en condiciones de carencia de recursos en un medio dañado o deficitario[54]. Es tarea de la bioética velar porque los servicios y bienes proporcionados a los vulnerados cumplan con los requerimientos de la razón comunicativa y sean conducentes a la emancipación de personas y comunidades, velando por lograr el empoderamiento de los vulnerados para obtener o recuperar sus capacidades básicas, incluyendo participación social y política[55]. La sociedad debe empoderar a las personas a fin de permitir su participación en la formación y formulación de políticas públicas de corrección de vulneraciones; compensaciones de desigualdades injustas; y la forja de un espacio privado de ejercicio autónomo de capacidades e inmune a intervención pública indebida.

Parafraseando la Undécima tesis de Marx sobre Feuerbach, puede decirse que la bioética ha seguido el camino fácil de abrir las puertas de los derechos, ahora le corresponde golpear las aldabas de las obligaciones.

53 Ibídem, p. 147.

54 «Una sobredependencia de lo que las personas "logran desear" es una de los aspectos limitantes de la ética utilitarista, que es notoriamente indiferente a los reclamos de quienes viven demasiado subyugados o quebrados para tener el coraje de desear mucho» (Sen, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995, p. 149).

55 Sen, Amartya. *Development as Freedom*. Nueva York: Alfred A. Knopf, 2000.

VII. CONCLUSIÓN (¿?)

La reflexión ética que termina en una conclusión[56], como suele ser requerida en el mundo editorial, es una contradicción en sí. Solamente una ética dogmática y soberbia en su pretensión de verdad puede ufanarse de haber llegado a puerto. Lo cual es una falacia, por cuanto la ética es fundamentalmente propositiva y, por ende, su misión es abrir abanicos y no cerrar puertas.

Muy brevemente, se trata de recordar la profunda antinomia entre biopolítica y bioética, la primera ejerciendo poder sobre la vida humana nuda, desprovista de su personalidad, el *homo sacer* de Agamben. En contraste, la bioética se centra en la persona olvidando, en ocasiones, que existen vidas humanas carentes de los atributos de persona y que son, qué duda cabe, miembros de la comunidad moral, sujetos morales aun cuando no puedan ser agentes morales.

Pues bien, la biopolítica, que es descrita como el poder que autoriza la muerte para proteger la vida, requiere de un vuelco que la transforme en una biopolítica afirmativa, «ya no definida por el poder *sobre* la vida, como el que conoció el siglo pasado en todas sus tonalidades, sino por el poder *de* la vida»[57]. «No es admisible que el derecho […] imponga desde afuera y desde arriba sus propias leyes a una vida separada de sí misma: es la vida, en su composición al mismo tiempo corpórea e inmaterial, la que debe hacer de sus propias normas la referencia constante de un derecho cada vez más ajustado a las necesidades de todos y cada uno»[58].

Quede esbozado para futura reflexión, que la biopolítica afirmativa propuesta por Esposito es en realidad un proyecto bioético tanto por el lenguaje que emplea, como por el hecho que la biopolítica, al abandonar el empleo del poder, deja de ser una biopolítica. Esposito insiste en la idea de una biopolítica afirmativa en parte porque erróneamente cree que los «máximos exponentes de la bioética», «liberal según su propia definición» son «Peter Singer y Hugo Engelhardt», para quienes los seres humanos con personalidad defectuosa «están expuestos al derecho de vida y muerte por parte de aquellos que las custodian»[59].

La bioética racional y laica comparte la idea de que las normativas de la vida han de provenir de ella y no desde afuera y desde arriba, tarea que la bioética hace suya mediante reflexión y deliberación. Se completa de este modo el trayecto trazado desde una bioética que reconoce como trascendental la igualdad y libertad de todo ser humano, así como su vulnerabilidad moral y existencial. Mas esta

56 «Concluir (Del lat. *concludĕre*; de *cum*, con, y *claudĕre*), cerrar» (*Diccionario de la lengua española*).
57 Ibídem, p. 32.
58 PELLEGRINO, Edmund & David THOMASMA. *A Philosophical Basis of Medical Practice*. Nueva York/ Oxford: Oxford Univeristy Press, 1981, p. 73.
59 Ibídem, p. 32.

tarea de reconocimiento es la antesala para ocupar un escenario donde diseñar las responsabilidades y obligaciones de proteger y empoderar a los vulnerados «en su composición corpórea e inmaterial». La bioética ha de superar la etapa de proclamación de derechos y enfatizar su rol prescriptivo de obligaciones para cuidar a quienes sus desmedros impiden cuidarse por sí mismos. Si la medicina fue definida como «la artesanía que involucra al cuerpo en la curación del cuerpo»[60], sea la bioética entendida como «la ética que empodera al cuerpo a través del cuerpo».

Recibido: 18/07/2012
Aprobado: 15/08/2012

60 PELLEGRINO, Edmund & David THOMASMA. *A Philosophical Basis of Medical Practice*. Nueva York/ Oxford: Oxford Univeristy Press, 1981, p. 73.

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 45-63
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Principios jurídicos y principios bioéticos. Separación, vinculación, integración

Legal and bioethical principles. Separation, connection, integration

EDUARDO LUIS TINANT*

Resumen: El objetivo de este trabajo es examinar la relación que existe entre los principios jurídicos y los principios bioéticos, en particular cuando los principios bioéticos enriquecen y complementan los principios jurídicos en la solución del caso concreto. Se acude a aportes anteriores del autor sobre los principios bioéticos como tópicos jurídicos y la creación de la bioética jurídica como rama de la bioética que estudia la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética y permite, como se procura aquí, una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre bioética y derecho. Desechada la separación y aun la mera vinculación, se propone una integración interdisciplinaria tendiente a instrumentar la cooperación entre ambos campos: heterointegración, producida por desarrollo de principios comunes y afines. Se concluye que el derecho constituye una materia textual, susceptible de ser analizada desde una perspectiva que no se agota en la mera escritura de la ley, sino que intenta captar la producción de sentido social que se inviste en las diversas manifestaciones de esta disciplina y que abarca distintas prácticas sociales, senda por la que se advierte la necesidad de ampliar los marcos teórico-prácticos para poder transitar la interdisciplinariedad y en la que no debe faltar la bioética desde sus principios.

***Palabras clave*:** Principios jurídicos – principios bioéticos – heterointegración

Summary: This work is intended to establish relationships between legal and bioethical principles especially when bioethical principles complement and enrich legal ones in order to solve a specific case. Prior author's contributions on bioethical principles as legal topics and legal bioethics creation in terms of a branch of bioethics which studies legal regulations as well as legal implementation and scope of bioethical problems are referred, making a critical reflection on growing and fruitful relationships between bioethics and law. An Interdisciplinary integration proposed in order to realize cooperation between both fields rejecting a separation or mere connection is suggested: «hetero integration», an integrating system produced by development of common and related principles. The article concludes stating that law structure is a «textual» subject not just involve on the writing of the law but capable to be analyzed from a social sense point of view, conferred to different manifestation of this discipline together with several social practices; a path

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor titular de Filosofía del Derecho, director y profesor de la Maestría en Bioética Jurídica, profesor de la Especialización de Derecho de Familia, UNLP. Profesor del Doctorado en Derecho, UBA. Profesor de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina. Director del Instituto de Filosofía y Sociología del Derecho de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de La Plata.

warning by the need to broad theoretical-practical frameworks in order to move towards the interdisciplinarity taking into account bioethics from its foundations.

***Keywords*:** Legal principles – bioethical principles – «hetero integration»

CONTENIDO: I. ÉTICA, DERECHO Y BIOÉTICA.– II. LOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS COMO TÓPICOS JURÍDICOS.– III. LA BIOÉTICA JURÍDICA.– IV. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PRINCIPIOS BIOÉTICOS: ¿SEPARACIÓN O VINCULACIÓN?.– V. ¿HACIA UNA «HETEROINTEGRACIÓN» POR DESARROLLO DE PRINCIPIOS?.– VI. CONCLUSIONES.

Causae ad invicem sunt causae
AXIOMA LATINO

La jurisprudencia es el estudio del derecho a la luz de disciplinas no jurídicas
JULIUS STONE

I. ÉTICA, DERECHO Y BIOÉTICA

Aun cuando la ética y el derecho, los dos sistemas normativos necesarios de toda sociedad, se ocupan del comportamiento humano tanto individual, como social, no es fácil establecer el o los modos en que se relacionan entre sí (verbigracia, separación, vinculación)[1]. Dificultad que cabe atribuir, asimismo, a la bioética —en su «núcleo duro» una parte de la ética, mas no toda la ética, y a la vez, si se quiere paradójicamente, algo más que ética—, cuya creciente importancia autoriza a considerarla en el debate.

En tal aproximación es dable apreciar deberes éticos negativos, correlativos a prohibiciones jurídicas, y deberes positivos (de promoción o de virtud), correlativos a obligaciones jurídicas de dar y de hacer o no hacer, así como considerar al derecho positivo el resultado de los sistemas de valores que coexisten en una sociedad. Ya hemos tenido oportunidad de señalar la existencia necesaria de una naturalidad del derecho positivo, pero también de una positividad del derecho natural[2].

El método (virtud) común en ambas disciplinas es la deliberación en el marco de la prudencia y, por ende, con un mismo término: la toma de decisiones prudentes. La jurisprudencia y la morisprudencia son distintas pero complementarias. Se entiende por deliberación la indagación que culmina con un juicio de elección aplicado a lo que es verdaderamente

1 Para un planteamiento teórico sobre las maneras de interpretar dicha relación por las tesis opuestas de la separación y de la vinculación, puede verse VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo.* Barcelona: Gedisa, 1998.

2 TINANT, Eduardo. «La positividad del derecho natural». *Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 13 (1984), pp. 5-6.

útil, para lo cual el operador tiene que nutrirse en el arte de la polémica y de la persuasión, facilitando la certeza y el convencimiento de los demás acerca de que la decisión (prudencial) asumida es la mejor entre todas las posibles. El hombre prudente es, en general, el que sabe deliberar bien. Como enseña Aristóteles[3], nadie delibera sobre las cosas que no pueden ser distintas de como son, ni sobre las cosas que el hombre no puede hacer. La ciencia, en cambio, es la concepción de las cosas universales cuya existencia es necesaria; por tal razón, el objeto de la ciencia puede ser demostrado. No así el arte y la prudencia, que solo se aplican a las cosas sujetas a mudanza. La prudencia no se limita a saber las fórmulas generales, sino también todas las soluciones particulares, porque es práctica, porque obra, y la acción se aplica al pormenor de las cosas. También Tomás de Aquino supo señalar que (*Suma Teológica*: II-II, c.49.a.1), la prudencia trata de las acciones contingentes y que en estas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria, sino por lo que sucede comúnmente[4].

Para construir un «buen derecho», pues, hay que utilizar argumentos morales (un resultado estrictamente jurídico es a la vez rigurosamente moral). Remedando lo que Immanuel Kant sostuviera[5], al vincular estrechamente intuición y concepto en la construcción de un objeto lógico de conocimiento, «el derecho sin la ética es ciego, y la ética sin el derecho resulta, al menos en parte, vacía». No es casual que un neokantiano de Baden, Gustav Radbruch, expresara asimismo ese doble vínculo: «La moral es el fundamento sobre que descansa la validez del derecho, porque el hacer posible la moral constituye una meta del orden jurídico»[6].

Además, si aceptamos con George Nahknikian[7], de una parte, que los interrogantes ¿cuáles son los ideales a los que debemos tratar de adecuar el orden jurídico?, ¿qué debe ofrecer este orden a los hombres cuya conducta regula? son inherentes a la denominada «jurisprudencia ética», y de otra, que la ética normativa (filosofía moral) es aquella rama de la filosofía que trata de descubrir, justificar y formular principios normativos objetivos (reglas de conducta), creemos estar en condiciones de hallar normas con fundamento filosófico (principios jurídicos). Normas que permitan apreciar y criticar las normas jurídicas y examinar el grado de relación que tales principios jurídicos mantienen con los principios bioéticos.

3 Aristóteles. *Moral a Nicómaco*. Prólogo de Luis Castro Nogueira. Madrid: Espasa-Calpe, 1978, pp. 115-118.
4 Santo Tomás. *Suma Teológica*. Madrid: Espasa-Calpe, 1979, II-II, c. 49, a.1.
5 Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Noticia preliminar sobre Kant y su obra de Juan B. Bergua. Madrid: Bergua, 1934, p. 216.
6 Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México: FCE, 1974, pp. 53/56.
7 Nahknikian, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, Colección Filosofía y Derecho, 1968, pp. 3-10.

La bioética, actividad pluridisciplinar que, en sustancia, procura armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos, en relación con los valores y principios éticos universalmente proclamados[8], se encuentra hoy en la encrucijada entre la manipulación de la vida y la atención de la salud y el bienestar de las personas, que incluye la necesidad de atender y resolver los temas sanitarios, sociales y ambientales de la humanidad en su conjunto.

En tal sentido, la Conferencia General de la Unesco en su trigésima tercera reunión celebrada en París en octubre de 2005 ha adoptado por aclamación la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, que trata de «las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales».

El citado documento, sobre la base de que la instauración a nivel internacional de principios éticos es más necesaria que nunca, proporciona un marco de principios y de procedimientos que podrán servir de guía a los Estados en la formulación de sus políticas, legislaciones y códigos éticos, reconociendo la importancia de la libertad de la investigación científica desde el respeto y la protección de la dignidad de la persona y los derechos humanos. Igualmente tiene presente que la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales. El texto enuncia diversos principios y reglas, algunos ya consagrados, como el respeto de la privacidad y de la confidencialidad, el consentimiento informado, y la no discriminación ni estigmatización. Pero la noción de «responsabilidad social» (y salud) es novedosa, y de clara raíz latinoamericana, toda vez que fue lanzada desde las reuniones preparatorias y finales de construcción de la citada *Declaración Universal,* realizadas en Buenos Aires en el año 2004, por un grupo de representantes de países de la región, defendiendo vigorosamente la inclusión —además de las cuestiones biomédicas y biotecnológicas— de los temas sanitarios, sociales y ambientales. La misma precisa que el progreso de las ciencias y de las tecnologías debería fomentar el bienestar de las personas y de la especie humana, favoreciendo en particular el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, «ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano», acceso a una alimentación y abastecimiento de agua adecuados, entre otros bienes y servicios primordiales.

8 TINANT, Eduardo. *Antología para una bioética jurídica.* Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. ix-xi.

II. LOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS COMO TÓPICOS JURÍDICOS

El iusfilósofo cordobés Camilo Tale[9], en un artículo publicado en 1998, que mereció nuestro análisis crítico en ponencia presentada en las Primeras Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho[10], señala que clásicamente los principios han sido normas preceptivas: normas más universales que otras, fuentes de otras y, por ello, denominadas principios. Pero, agrega, en la bioética contemporánea los llamados principios no siempre son normas. En vez de tener índole imperativa, suelen funcionar como orientaciones. Por ello se opta por uno o por otro, ante tal o cual problema bioético, se elige uno para fundar la decisión y se deja de lado otro. A su criterio, las normas éticas para ser realmente eso —normas éticas— deben ser imperativas y no meras orientaciones opcionales para seleccionar una u otra a la hora de decidir en un caso. Y no solo han de ser imperativas, sino también universales en su alcance. Opina que la tesitura que proclama los principios bioéticos y los postula como fundamentos de las conclusiones bioéticas deriva en realidad de la denominada ética de situación. De acuerdo con el modo de concebir esta moralidad, debe resolverse caso por caso, sin atenerse a normas universalmente válidas. Para el citado autor, explícita o implícitamente, este modo de tratar los temas morales está muy presente en el discurso bioético actual. Es cierto, admite, que las circunstancias son premisas para tener en cuenta al tratar un caso ético, pero también que hay principios de vigencia incancelable. Afirma así que el plexo de ideas con pretensión regulativa bajo el rótulo de bioética proclama una tríada de principios cuya aplicación simultánea resulta imposible, y que sirven en realidad como estrategia discursiva para la cohonestación de cualquier conducta que tenga que ver con la vida y la muerte y que interese defender. Para Tale, no son genuinos principios éticos, ni siquiera tienen la calidad de postulados de una doctrina bioética, por su incapacidad para justificar un sistema coherente de conclusiones. No obstante, concluye, pueden operar eficazmente con fin persuasivo en el discurso bioético, cumpliendo el papel de tópicos, es decir, lugares comúnmente aceptados en los auditorios habituados a ellos. Funcionan como lugares retóricos que aprovechan la resonancia agradable de los términos (autonomía, beneficencia) para generar la ilusión de una justificación racional de conductas.

El propósito de nuestra respuesta entonces no fue debatir si los principios bioéticos —con directa referencia a los que ha consagrado la bioética principialista: principios de no maleficencia, beneficencia, autonomía

9 TALE, Camilo. «Los tres —o cuatro— "principios de la bioética", ¿son válidos?». *El Derecho*, 179 (1998), p. 863.

10 TINANT, Eduardo. «Los principios bioéticos como tópicos jurídicos». Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: UBA/Cátedra Unesco de Bioética, 2000, pp. 13-23 (www.aaba.org.ar); *Antología para una bioética jurídica*, pp. 11-16.

y justicia— revisten o no tal carácter, cuestión analizada por calificada doctrina, sino destacar que aun en el rol de tópicos, al que se intentaba reducirlos, pueden cumplir —y de hecho ello ha venido aconteciendo desde hace dos décadas— un señalado papel en la tarea de los órganos jurisdiccionales de resolver en justicia los casos bioético-jurídicos que les han sido planteados.

Recordamos que en la concepción aristotélica, los tópicos o lugares son «reglas o recetas, argumentaciones destinadas a proveer instrumentos eficaces» para la discusión dialéctica; la práctica del diálogo razonado, el arte de argumentar por interrogantes y respuestas sobre el modelo socrático. La doctrina contemporánea ha aproximado la tópica aristotélica a los principios generales del derecho configurando los tópicos jurídicos (los lugares específicos del Estagirita) que conciernen a materias particulares y se oponen a los lugares comunes que se utilizan en el discurso persuasivo en general. Su importancia está dada porque suministran razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables, en la medida en que estas últimas descuidan las consideraciones que estos lugares permiten sintetizar y que se integran en una visión global del derecho como *ars aequi et boni*.

Recurso a los tópicos jurídicos que, según puntualiza Chaim Perelman[11], no se contrapone a la idea de un sistema de derecho, sino a la aplicación rígida e inflexible de las reglas y permite el desarrollo de argumentos y controversias, de modo que se pueda tomar una decisión reflexiva y satisfactoria después de haber evocado todos los puntos de vista. Gracias a los tópicos jurídicos, el juez dispone de una mayor libertad de interpretación de los textos legales, la cual, en lugar de conducir a la arbitrariedad, aumenta sus medios intelectuales para la búsqueda de una solución razonable, aceptable y equitativa. A la postre, como anota Gerhard Struck[12], la gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan en conciliarlos.

En razón de la naturaleza eminentemente problemática de la interpretación jurídica, el razonamiento jurídico se mueve en el campo del pensamiento tópico, esto es, de la dialéctica retórica, a partir de premisas verosímiles y razonables que posibilitan mediante una reflexión, asimismo razonable, obtener conclusiones verosímiles y aceptables, antes que sistemáticas o apodícticas. La tópica es entendida así como retórica (arte de la persuasión) o praxis de la argumentación. Los criterios con que

11 Perelman, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 117-130.
12 Struck, Gerhard. *Tópicos jurisprudenciales: 1971*, pp. 20-34; citado por Perelman, Chaim. Ob. cit.

son considerados los problemas en ejercicio del modo de pensar tópico, es decir, las premisas que a modo de endoxa constituyen el fundamento de la argumentación jurídica, son denominados por Theodor Viehweg[13] siguiendo a Aristóteles, tópicos (del griego *topoi*). El autor define a estos como un conjunto de criterios que sirven como medio para encontrar la solución más conveniente a los problemas planteados. La función de los tópicos jurídicos o lugares específicos del derecho consiste, por lo tanto, en servir para la consideración de los problemas concretos, suministrando razones que contribuyen a encontrar su solución.

Los tópicos van apareciendo producto del tratamiento continuo de problemas jurídico-prácticos, a través de los cuales se van manifestando criterios que permiten resolver problemas análogos; los tópicos nacen, por consiguiente, de consideraciones concretas de cada caso. De tal forma, Viehweg propicia un tratamiento casuístico de los problemas jurídicos, tratando de hallar la solución para cada uno de ellos por medio de procedimientos de inducción y analogía con base en tópicos preexistentes y, en caso de que ello no sea procedente, creando nuevos tópicos. Como subraya Eduardo García de Enterría en el prólogo a la edición española de la citada obra de Viehweg, «la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares»[14]. Vale decir, una ciencia práctica, un saber prudencial-retórico que en el ámbito del Poder Judicial deviene el arte de hallar la solución justa del caso concreto, lo debido a otro en una circunstancia determinada. Viehweg concluye así sobre la absoluta imposibilidad de encerrar el derecho en un sistema axiomatizado dentro del cual se pretenda lograr la solución a los casos de especie mediante derivaciones obtenidas de la aplicación de inferencias deductivas.

La justicia de nuestro país ha sabido asumir, en diversas causas de índole bioético-jurídicas, que, ante la existencia de conflictos de valores y de derechos, resulta inevitable jerarquizar alguno de los principios, valores o derechos en crisis en detrimento de otros, ya sea conforme al método de las compensaciones, sopesando cuidadosamente todas las circunstancias particulares del caso, tarea de armonizar derechos en la que se ha considerado como realmente importante, «encontrar respuestas sensatas y útiles a la vez, que también sean legítimas»[15], o bien a la pretensión de corrección, en el marco del juicio de ponderación o «clearing de valores»[16].

13 Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964, pp. 50, 129-130.
14 García de Enterría, Eduardo. «Prólogo». En Viehweg, Theodor. Ob. cit., p. 12.
15 Sagüés, Néstor Pedro. «Metodología para la enseñanza de los derechos humanos (en las facultades de derecho y en las escuelas judiciales)». *La Ley*, C (1995), 920.
16 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (CEPC), 2002, p. 152.

De tal manera, la aplicación de uno de los principios bioéticos, lejos de acarrear la inevitable exclusión de sus pares, resulta ciertamente útil como instrumento para el abordaje de los problemas bioéticos (caracterizados por su conflictividad y carácter dilemático), aunque en la práctica resulta muchas veces dificultoso hallar una articulación concreta y armónica de tales principios —*de facto* encontrados— y su jerarquización[17].

Según dijimos entonces, nunca antes el derecho se había encontrado con una problematización concreta de su ámbito de regulación tan ambivalente como la que plantean las nuevas biotecnologías —cuyos notables avances pueden comprometer y aun lesionar la dignidad de las personas y la protección de los derechos humanos—. Y que si el intérprete pretende seguir manejando las situaciones que se le presentan a tenor de las concepciones tradicionales, dejará amplios espacios de materias no resueltas, e insatisfechas las legítimas expectativas de los ciudadanos interesados. La secular ética deontológica, cognitivista, formalista y universalista, ha incidido para que el derecho construyera soluciones de corte universal —basadas en postulados abstractos—, que no parecen adecuadas para el contexto (conexión lingüística) y la situación (conexión no lingüística) específicas de una eticidad concreta como la que requieren las nuevas cuestiones que plantea el desarrollo tecnológico en la ciencias de la vida y la atención de la salud.

Cabe replantear pues las soluciones a los conflictos y problemas —en particular los referentes a las nuevas ramas de las ciencias biomédicas y sus tecnologías conexas— en términos de una eticidad contextualizada y no como una mera confrontación de principios y sistemas morales. La construcción de un discurso que dé cuenta de estas realidades muy específicas de nuestro entorno vital pasa por la definición de fórmulas consensuadas que permitan ir elaborando soluciones éticas no abstractas ni de pretensión universalista. Las diferentes legislaciones tienen que dar solución a las nuevas situaciones planteadas, dejando de lado la discusión fundamentalista y las abstracciones jurídicas. Antes bien, deben abordar cada tema en aras de la definición de propuestas de acción que, en primer lugar, acepten solamente la ingeniería genética con fines terapéuticos y, segundo, no impongan deberes de conducta a quienes pudieran rechazar la obligación legal de acuerdo con sus convicciones morales.

Si se acepta ello, repetimos, no parece desacertado el camino que propone Jesús Esparza, «de una moral de principios a una eticidad contextual en la búsqueda de nuevas soluciones normativas para la realidad bioética

17 Hooft, Pedro Federico. *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*. Buenos Aires: Depalma, 1999, pp. 6-9.

de nuestros días»[18]. En todo caso se condice con nuestro anticipo de que los principios bioéticos —sin desmedro de tal condición— pueden asumir la modalidad especial de tópicos jurídicos a la hora en que se torna indispensable brindar tutela jurisdiccional oportuna y eficaz a determinadas situaciones límite.

Como se advierte, la cuestión examinada guarda analogía con la que encierra la aplicación de los principios generales del derecho, pues, ya se los considere presupuestos lógicos de la norma legislativa o principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales este trata de darles encarnación en una circunstancia histórica concreta determinada, actuando como criterios valorativos fundantes devienen normas positivas, y no por esto pierden su carácter primigenio ni resulta posible en ciertas ocasiones su aplicación simultánea.

III. LA BIOÉTICA JURÍDICA

Se desprende de lo dicho que, a la bioética «empírica» (que define lo que es) sucede una bioética «jurídica» (que determina o se pronuncia sobre lo que debe ser), en cuya virtud cabe preguntarse, ¿esta forma de bioética constituye una «nueva juridicidad»? Convocado como discurso y praxis a la vez, el derecho puede y debe cumplir un papel fundamental en el ámbito de la bioética: a él le incumbe la tarea de elaborar y establecer normas que permitan regular de modo colectivo los nuevos conflictos bioéticos y, planteados concretamente estos, darles ajustada y oportuna resolución. La ética por sí sola no alcanza para asegurar el respeto de la persona y la vigencia irrestricta de los derechos humanos. Pero urge aclarar que tampoco el derecho tiene la fuerza suficiente si —a partir de él— no se ejerce el poder político necesario con el fin de conjurar las amenazas que representan los nuevos intereses creados. Más aun, si no opera un cambio de paradigma ético y científico que permita plasmar una nueva y fructífera alianza entre las ciencias y la filosofía, la técnica y las humanidades, reclamada por Rensselaer Van Potter —en su libro *Bioethics: Bridge to the Future*—, al conjugar por primera vez a comienzos de la década de 1970 el término bioética.

En esa inteligencia son indispensables una mayor interactividad entre tales disciplinas y sus principios, otorgando un rol más activo al derecho, no para detener el desarrollo de las nuevas tecnologías biomédicas, sino para orientarlo, regularlo y controlarlo y, llegado el caso, prohibir determinadas prácticas contrarias a la dignidad humana, las libertades fundamentales y los derechos humanos. Desde una perspectiva regional latinoamericana, dicha construcción participativa debe acentuar

18 ESPARZA, Jesús. «Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales». *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política Frónesis*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1995, pp. 9-26.

la superación de las dificultades que atraviesan grandes grupos de población para alcanzar el debido estándar en la protección de su salud y calidad de vida.

Solo así cobrará sentido el axioma latino impetrado en el pórtico del presente: «Las causas de diverso género que convienen en un mismo acto, se causan mutuamente».

La noción de «bioética jurídica» —con la que hemos procurado responder aquel interrogante desde el año 2000 en sucesivos trabajos, y la Maestría, carrera de posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata que actualmente dirigimos— difiere de vocablos a los que ha acudido buena parte de la doctrina, al calificar o entender esta forma de bioética como una «nueva juridicidad», tales como:

1. «Bioderecho», en la inteligencia de que: a) se trata de una «rama jurídica transversal», que no significa negación, pero sí complemento de otras ramas del derecho (Ciuro Caldani); b) el «bioderecho» representa un paso posterior, dado el asincronismo entre la ciencia y el derecho: «de la bio-éthique au bio-droit», «aprés l´éthique la loi» (Nairinck, Lavialle; id. Messina de Estrella Gutiérrez); c) configura una nueva disciplina científica: «derecho biomédico o bioderecho», cuya específica metodología le diferencia de la bioética; normativa basada en el estudio de los datos biológicos, valores aportados por el debate ético, construcciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los derechos humanos (Romeo Casabona, I.M. Sánchez).

2. «Biojurídica», por considerarla: d) «una nueva rama del derecho», que tiene que ver directamente con la aplicación de los avances científicos a los seres humanos (Vila-Coro); e) «la respuesta desde el mundo jurídico al surgimiento de la bioética» (D'Agostino); f) un «término más extendido», que expresa que «es preciso un debate específicamente jurídico, toda vez que de discusiones esencialmente morales no se derivan soluciones eminentemente jurídicas» (Serrano Ruiz-Calderón); g) una «rama especial del ordenamiento político-jurídico que versa sobre la investigación de la vida humana y el cuidado de la salud» (Sánchez-Bayón).

3. Cuadro al que cabe sumar la posición de los que propician la ampliación del encuentro entre bioética y derecho, mediante: h) la profundización del diálogo entre «bioética» y «derechos humanos», sin necesidad de recurrir al neologismo «bioderecho» (Hooft); i) el dictado de reglas de convivencia «no solo desde la dicotomía de lo bueno y lo malo (propia de la bioética), sino también desde la dualidad de lo justo e injusto (específica del derecho)» (Dalla Torre: Multietnicitá bioetica e diritto); j) lo caracterizan como una «bioética

con rasgos jurídicos»: una especie de «enrejado jurídico» de las ciencias de la salud (Broekman); k) o, aun con una significación limitada, se refieren a la «juridificación de la bioética», desde el momento en que esta es abordada desde el ángulo jurídico (Atienza); l) o se refieren a la «juridización de la bioética», expresada en el progresivo crecimiento de los dominios regulados por el derecho, a costa de las demás relaciones sociales (Callens); m) o bien conciben una «bioética de los derechos humanos», como una teoría de teorías que permite demarcar el campo de la bioética a partir en modo indisociable del respeto a la moral universal de los derechos humanos (Tealdi).

Sea cual fuere el criterio que se adopte, resulta innegable la importancia del derecho en y desde la bioética y de la propia bioética en el derecho. A condición de no incurrirse en una «formalización» de la bioética, es decir, la reducción a formas jurídicas de fenómenos que son esencialmente dinámicos e interdisciplinarios, manteniendo abierto el diálogo pluridisciplinar inherente a la bioética. Podrá distinguirse así la «bioética jurídica» de otras modalidades, puesto que la misma no tiene por objeto la transformación de la bioética en una simple nueva rama del derecho, ni tampoco convertirse en un mero marco normativo de las ciencias de la vida y de la salud —*minus* legítimamente reprochado a aquellas—, sino la comprensión y necesaria regulación jurídica de los temas y problemas bioéticos tendiente al reconocimiento y la tutela eficaz de la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales relacionados con el avance de tales ciencias y sus tecnologías conexas, lo cual es algo muy distinto.

De tal forma, la bioética jurídica constituye la rama de la bioética que estudia la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética: las ciencias biomédicas y sus tecnologías conexas y su incidencia en el ser humano y, al mismo tiempo, una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho (a escalas nacional, regional e internacional).

IV. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PRINCIPIOS BIOÉTICOS: ¿SEPARACIÓN O VINCULACIÓN?

Abordaremos el aspecto central de nuestra tarea de acuerdo con una concepción epistemológica materialista, aquella que plantea como exigencia fundamental distinguir dos momentos presentes en la búsqueda del conocimiento científico, los que hacen al estudio interno del objeto: sus categorías originarias (momento estático); y al estudio externo del mismo: investigando su génesis en función de su inserción en el conjunto de relaciones y articulaciones de los distintos niveles de la formación social (momento dinámico), en cuya virtud la tarea del jurista debe centrarse no solo en estudiar cómo se construye el conocimiento

jurídico, sino también en el análisis del proceso de producción de normas. Por sobre todo (aun por sobre la producción formal: la actividad del Parlamento o de la Administración) en la producción material que habilita y legitima el dictado de determinados cuerpos de leyes en situaciones históricamente determinadas, aprehendiendo el objeto de estudio —el derecho— a través de la suma de historia interna e historia externa[19].

Es que solo se puede dar cuenta de la permanente reconstrucción del sistema jurídico que hacen sus intérpretes si entendemos el derecho —básicamente constituido por normas jurídicas, pero no solo por ellas—, captándolo en su proceso de producción antes que si nos acercamos a él como producto terminado. Ni norma de conducta ni conducta normada solamente. Es menester ahondar tales significados en la conducta normante (que incluye no solo al legislador, sino también el contexto social y político)[20].

Se podrá percibir así que las normas, si bien son por lo general un producto terminado, tienen un previo proceso de producción y un posterior y permanente proceso de resignificación que explica el por qué pueden adaptarse a tiempos siempre cambiantes a pesar de existir en textos generalmente fijos que tardan mucho más en modificarse que lo que tarda en cambiar la historia. El conocimiento que identifica la práctica y el saber de los juristas, cuyas premisas no son apodícticas, sino meramente plausibles, necesita construirlas y validarlas desde diversas esferas, en tanto los fenómenos signados por la complejidad ni son fácilmente domesticables, ni se encuentran sujetos a esquemas predictivos simplistas y lineales. Esta consideración de lo jurídico abre un espacio para lo contingente, lo opinable y lo discutible, quehacer intersubjetivo que permite la reconstrucción permanente del sistema normativo y su adaptación a tiempos históricos siempre cambiantes. Ello explica por qué los llamados «críticos» tratan de ocuparse del derecho que manejan los operadores. Ese que, al decir de Carlos Cárcova[21], es lo que la ley manda, pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican, etcétera y también el que, entre los ciudadanos, opera como sistema de representaciones.

Cabe considerar el derecho así como una materia textual, susceptible de ser analizada desde una perspectiva que no se agota en la mera escritura de la ley, sino que intenta captar la producción de sentido

19 Aseff, Lucía María. *Argumentación jurídica y semiosis social*. Prólogo de Mario A. Portela. Rosario: Juris, 2003, pp. 30-37.

20 Tinant, Eduardo. «Una investigación lógica sobre la normación jurídica». Comunicaciones, Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho. Instituto de Cultura Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). La Plata, 1982, tomo II, pp. 439-456.

21 Cárcova, Carlos. *La opacidad del derecho*. Citado en Aseff, Lucía María. Ob. cit., p. 118.

social que se inviste en las diversas manifestaciones de esta disciplina y que abarca, además, las distintas prácticas sociales vinculadas a lo jurídico o por él afectadas[22].

Por esta senda se advierte, asimismo, la necesidad de ampliar los marcos teórico-prácticos para poder transitar la interdisciplinariedad. Y para esto es menester incorporar estudios antropológicos, psicológicos, sociológicos, económicos, y cuantos más sean necesarios, para mejor abarcar el objeto sin caer en la banalidad y el esoterismo. Contexto en el que, agregamos, no puede ni debe faltar la bioética desde sus principios.

A la luz de lo anteriormente expresado, resulta evidente no ya la separación, sino la vinculación —acaso algo más que esta, según veremos— que guardan los principios jurídicos y los principios bioéticos entre sí. Tomemos un par de ejemplos; el primero, el principio de dignidad humana.

En el ámbito de la bioética, ubicada la persona en el centro de la escena, cabe resaltar que «ser persona» equivale a «ser digno»: dignidad ontológica (intrínseca, la que hace referencia a su ser) y dignidad ética (la que atañe a su obrar). De tal forma, la idea de dignidad humana no es un mero principio entre otros. Constituye el punto de referencia decisivo para entender la actividad humana en general —médica en particular— y, en definitiva, de todas las instituciones jurídicas, políticas y sociales (cual necesario telón de fondo —unificador— de las mismas)[23].

En el ámbito del derecho, de modo similar, el principio de dignidad humana cumple el papel de fijar límites al derecho positivamente vigente (función ético-jurídica y jurídico-constitucional) cuando la libre autodeterminación de un sujeto es éticamente legítima en un caso concreto. De tal forma, funciona como garantía negativa cuando prohíbe determinados comportamientos notoriamente indignos para la condición humana: verbigracia la tortura, los tratos discriminatorios; en tanto que lo hace como garantía activa al afirmar positivamente el desarrollo integral de la personalidad humana[24].

Algo parecido acontece con la protección y atención de la salud, bien colectivo y principio (*principium*) y a la vez derecho humano a la salud (*concretum*)[25].

22 Ibídem, pp. 122-123.

23 Tinant, Eduardo. *Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos*. Buenos Aires: Dunken, 2007, pp. 9-14, 124-136.

24 Sagüés, Néstor Pedro. «Dignidad de la persona e ideología constitucional». *Jurisprudencia Argentina*, IV, 904 (1994), pp. 904-906.

25 Tinant, Eduardo. *Antología para una bioética jurídica*, pp. 127-136, 151-159; *Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos*, pp. 137-160; «Bien colectivo y decisión judicial». En Tealdi, Juan Carlos (dir.). *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: Unesco/Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética/Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 387-390.

Podrá apreciarse así cómo la tétrada de principios de la bioética principialista —no maleficencia, beneficencia, autonomía, justicia— da cuenta de una de tales confluencias, en tanto que en la esfera jurídica la protagonizan los derechos constitucional, administrativo, penal, civil, a la luz de la moderna concepción de los derechos humanos que enarbola el derecho internacional de los derechos humanos[26], resultando aplicable, entre otros tratados así consagrados, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, cuyo artículo 12 reconoce el «derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados parte de procurar su satisfacción». Garantiza ese derecho mediante el desarrollo de un «plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad», en concordancia con el artículo 2, inciso 1, por el que los Estados parte se han «obligado hasta el máximo de los recursos» de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho pacto.

La no maleficencia, como los restantes principios, se derivan de la dignidad humana, metaprincipio que no precisa de justificación previa porque es auténticamente constitutivo, como dijimos. Evitar daños en el ser humano es adoptar la no maleficencia como principio en el ejercicio del respeto a la dignidad, cumpliendo con el imperativo que manda garantizar la inviolabilidad de la persona. De tal modo, el deber pasivo de no maleficencia (abstenerse de hacer el mal) normalmente precede al deber activo de beneficencia (hacer o promover el bien o el bienestar). Principio caro a la tradición médica hipocrática —pues la no maleficencia procura el mayor beneficio para el paciente, su «mejor interés», sin ocasionarle daño—, y luego latinizado como *primun non nocere* guarda evidente analogía con el principio jurídico *alterum non laedere*[27]. Como se ha dicho: «El no dañar es un principio de vigencia universal a través del tiempo, pero antes tenía un contenido singular y ahora, en cambio, constituye uno de los pilares del orden social»[28].

V. ¿HACIA UNA «HETEROINTEGRACIÓN» POR DESARROLLO DE PRINCIPIOS?

Llegados a este punto, entendemos que hay algo más que vinculación entre los principios jurídicos y los principios bioéticos. Se trata de una integración interdisciplinaria, tendiente a instrumentar la cooperación entre ambos. Integración que es, por lo tanto, heterointegración,

26 Ver Constitución Nacional, artículo 75 inciso 22.

27 MAGLIO, Ignacio. *Prevención de daños y abogacía hospitalaria*. Buenos Aires: Arkhetypo, 1998, pp. 84-87; TINANT, Eduardo. *Antología para una bioética jurídica*, pp. 120-121.

28 GOLDENBERG, Isidoro. *Indemnización de daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993, pp. 51-52.

y puede producirse por desarrollo de principios comunes y afines. Para ello, es menester construir un saber teórico-práctico compartido, compatibilizando el conjunto de datos y los términos del tema y/o problema escogido.

En el orden jurídico hay relaciones o situaciones reguladas y otras que se hallan excluidas de la regulación. El legislador es quien las incluye o excluye, por diferentes motivos. Se ha hablado así en la doctrina de la existencia de lagunas de la ley, falta una ley que pueda resolver el supuesto planteado. Y en la existencia de lagunas del derecho, no existen ni ley ni costumbre ni principio que puedan resolver el caso concreto, si bien tales lagunas no están admitidas por lo general en los ordenamientos jurídicos, en virtud del principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia, por el cual estos deben conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aun no habiendo ley que resuelva la contienda sometida a su competencia, pudiendo para ello apoyarse en los principios generales del derecho y la equidad natural. Tal zona fronteriza o gris o poco determinada o incierta, es atraída por la normatividad que regula. Si el ordenamiento no es completo hay dos procedimientos, denominados «de heterointegración» y «de autointegración»[29].

La autointegración implica que es llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en la misma fuente dominante, en cualquiera de sus gradas, o yendo mínimamente a fuentes distintas. La heterointegración se efectiviza por medio de dos vías: a) propia, acudiendo el juez a ordenamientos diversos; y b) impropia, recurriendo a fuentes distintas de la fuente dominante (ley, por caso), como la costumbre o el derecho judicial (que da facultad de creación al juez) o de los sistemas que permiten al juez fallar en equidad.

En la heterointegración propia, pues, se busca la solución en diversos ordenamientos, tomando de ellos principios generales de carácter metapositivo, vale decir, se intenta la superación de las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico mediante la aplicación de alguna norma o principio que pertenece a otro ordenamiento totalmente distinto de aquel en que tales lagunas se han producido. Pero también cabe acudir a la heterointegración en el supuesto de un concepto normativo indeterminado, que requiere determinación por precisión o reglamentación de normas o, como aquí postulamos, por desarrollo de principios. Tal concurrencia no solo admite, sino que permite una solución justa.

Por ende, es pertinente aplicar el procedimiento de heterointegración cuando los principios bioéticos que trascienden al derecho positivo,

29 Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo & Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, tomo 1.

no obstante, lo enriquecen y complementan en la solución del caso concreto. Lejos de una presión separadora (fuerza centrífuga) tal búsqueda impulsa una marcada convergencia (fuerza centrípeta). En dicho proceso de heterointegración interactúan mutuamente el derecho en la bioética y la bioética en el derecho, requiriendo la homogeneización normativa correspondiente una especial participación de los juristas (derecho de la bioética)[30].

A fin de verificar lo sostenido, veamos someramente el tema de la libertad de la persona en ambas esferas, jurídica y bioética, y su íntima conexión con la dignidad, la integridad y la autonomía de la persona.

En el ámbito del derecho, la persona tiene el derecho de realizar actos que no perjudiquen a terceros[31]. Esfera privada de la que emana la libertad jurídica, libre de coacciones o injerencias indebidas, que consiste en ser dueño del propio destino y que contempla la seguridad de la persona en su propia vida, en su integridad física y moral, y en todas las manifestaciones de la libertad jurídica individual, la libertad de conciencia (y su faz negativa, la objeción de conciencia), de pensamiento, religiosa, de opinión y de expresión, así como otras libertades asimismo tuteladas.

En el ámbito de la bioética, la libertad se exhibe como autonomía personal: la persona en su condición de agente moral autónomo. Pero, aun cuando esta condición reviste enorme importancia, el derecho moral que genera no es absoluto, noción de autonomía que se vincula con las de dignidad de la persona e integridad de la persona. «El concepto de integridad de la persona sustenta el concepto de persona autónoma». Vale decir, se vulnera la integridad de la persona si no se respeta su dignidad[32].

Autonomía (por su etimología griega), significa capacidad para gobernarse a sí mismo. La persona, como agente moral autónomo. Pero el derecho moral que genera no es absoluto, cuando este entra en conflicto con el de la integridad de otras personas surgen limitaciones a su propia autonomía. De tal manera, la autonomía es una capacidad de la persona total, pero no es el total de capacidades de una persona (autonomía = tenencia).

Integridad (del latín *integer*), significa totalidad, entereza o unidad intacta; totalidad fisiológica, psíquica y espiritual del individuo. No admite grados, ni se puede perder; integridad = salud (integral). Por el contrario, desintegración = enfermedad, se produce la ruptura en una

30 TINANT, Eduardo. *Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos*, pp. 119-136, 149-160.

31 Artículo 19 de la Constitución Nacional: «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

32 PELLEGRINO, Edmund. «La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica». *Boletín de la Organización Panamericana de la Salud*, 527 (1990), pp. 8-17.

o más esferas, cada una con sus propias implicaciones éticas (corporales, psicológicas, axiológicas) (integridad = atributo).

En el derecho a la integridad, pues, el bien jurídico tutelado es la integridad de la persona. Totalidad fisiológica, psíquica y espiritual del individuo. La correcta ordenación de las partes del todo: la armonía entre las diversas dimensiones de la existencia humana.

Cabe apreciar así claros ingredientes bioéticos en el derecho a la integridad. La integridad de una persona se expresa en una situación equilibrada entre los elementos corporales, psicosociales e intelectuales y axiológicos de su vida (cada una de las tres esferas tiene sus propias implicaciones éticas). Ningún elemento es desproporcionado en relación con los demás. Cada uno toma la delantera cuando el bien conjunto así lo exige. Cada uno cede ante el otro por el bien del conjunto. Pero ello de ningún modo significa inconexidad. La integridad tiene dos sentidos en la ética médica (también los tiene de modo parecido en la ética de la abogacía, respecto del cliente y del abogado), como derecho moral (integridad de la persona: del paciente y del médico) y como virtud o hábito moral (ser una persona de integridad).

Como resultado de ello, los principios de intimidad, autonomía y respeto a la integridad de la persona son necesarios, pero no totalmente suficientes para preservar la integridad de la persona. Lo indispensable es la persona de integridad, la persona de entereza moral que respete los matices y las sutilezas del derecho moral a la autonomía. Por cuya razón, se vulnera la integridad del individuo si su reconocimiento depende de algún criterio externo y no del valor intrínseco del mismo, vale decir, si no se respeta la dignidad de la persona y su concreción jurídica específica, el derecho humano en cuestión. Por ejemplo, en el marco de la ética al final de la vida, el derecho humano a la salud que, además de las cuestiones referidas a la protección de la salud y la atención sanitaria (propias de la medicina curativa o restaurativa), involucra la toma de decisiones sobre el cuidado de la persona (propias de la medicina posventiva o paliativa); ambas integrando el cuadro de la posmedicina[33].

VI. CONCLUSIONES

1. Aun cuando la ética y el derecho se ocupan del comportamiento humano tanto individual, como social, no es fácil establecer el o los modos en que se relacionan entre sí (separación/vinculación). Dificultad atribuible por extensión a la bioética —en su «núcleo duro» una parte de la ética, mas no toda la ética, y a la vez, si se

33 TINANT, Eduardo. *Antología para una bioética jurídica*, pp. 84-85.

quiere paradójicamente, algo más que ética—, y cuya creciente importancia autoriza a considerarla en dicho debate.

2. Desechada prontamente la tesis de la separación, a nuestro juicio hay algo más que vinculación —la otra tesis tradicional— entre los principios jurídicos y los principios bioéticos. Se trata de integración, una integración interdisciplinaria tendiente a instrumentar la cooperación entre ambos. Tal integración, en rigor, heterointegración, puede producirse por desarrollo de principios comunes y afines. Para ello, es menester construir un saber teórico-práctico compartido, compatibilizando el conjunto de datos y los términos de los temas y/o problemas escogidos.

3. En la heterointegración (propia) se busca la solución en diversos ordenamientos, acudiendo entonces el juez a principios generales de carácter metapositivo, ya sea en procura de la superación de lagunas jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico mediante la aplicación de alguna norma o principio perteneciente a otro ordenamiento totalmente distinto de aquel en que tales lagunas se han producido, o bien, en el supuesto de un concepto normativo indeterminado, que requiere determinación por precisión o reglamentación de normas o, como en nuestro caso, por desarrollo de principios, concurrencia que no solo admite, sino que permite una solución justa.

4. Resulta pertinente la heterointegración en particular cuando los principios bioéticos enriquecen y complementan los principios jurídicos en la solución del caso concreto, de modo coincidente con lo que hemos dicho en el punto IV sobre los principios bioéticos como tópicos jurídicos.

5. En el proceso de heterointegración entre los principios jurídicos y los principios bioéticos, interactúan mutuamente el derecho en la bioética y la bioética en el derecho, requiriendo su homogeneización normativa una especial participación de los juristas (derecho de la bioética).

6. Convocado como discurso y praxis a la vez, el derecho puede y debe cumplir un papel fundamental en el ámbito de la bioética: a él le incumbe la tarea de elaborar y establecer normas que permitan regular de modo colectivo los nuevos conflictos bioéticos y, planteados concretamente estos, darles ajustada y oportuna resolución. La ética por sí sola no alcanza para asegurar el respeto de la persona y la vigencia irrestricta de los derechos humanos. Pero urge aclarar que tampoco el derecho tiene la fuerza suficiente si —a partir de él— no se ejerce el poder político

necesario con el fin de conjurar las amenazas que representan los nuevos intereses creados.

7. El derecho constituye una materia textual, susceptible de ser analizada desde una perspectiva que no se agota en la mera escritura de la ley, sino que intenta captar la producción de sentido social que se inviste en las diversas manifestaciones de esta disciplina y que abarca, además, las distintas prácticas sociales cercanas a lo jurídico o por él afectadas. Senda por la que asimismo se advierte la necesidad de ampliar los marcos teórico-prácticos para poder transitar la interdisciplinariedad, para lo cual es menester incorporar estudios antropológicos, psicológicos, sociológicos, económicos, y cuantos más sean necesarios, para mejor abarcar el objeto, contexto en el que no puede ni debe faltar la bioética desde sus principios.

Recibido: 02/08/2012
Aprobado: 22/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 65-79
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ética, bioética y los desafíos del siglo XXI

Ethics and bioethics concerning challenges in the 21st Century

JOSÉ GERALDO DE FREITAS DRUMOND*

Resumen: El mundo contemporáneo se caracteriza por un magnífico conjunto de conocimientos científicos que son responsables por el desarrollo de la tecnología que se disemina en todas las latitudes del planeta y se incorpora, de modo prácticamente permanente, en la cotidianidad del ser humano. Sin embargo, el mundo se encuentra en una frontera de graves responsabilidades determinadas por el proceso de intervención humana cada vez más agresiva en la biósfera (acelerando su deterioro) y en la propia biología humana, alcanzando su identidad genética. La humanidad se encuentra ante una encrucijada moral, al constatarse que la mayoría de las conquistas propiciadas por el conocimiento humano —todo el conjunto del progreso científico y tecnológico de la humanidad— permanece inaccesible para la mayoría de la familia universal. La cuestión recurrente en la sociedad actual es establecer los límites entre lo normal y lo anormal, entre lo natural y lo artificial. ¿Estará el hombre dispuesto, una vez más, a transgredir los parámetros de normalidad anatómica y fisiológica establecidos por él mismo? ¿No le bastará para estar satisfecho el tener su estructura biológica suficientemente adaptada a las prácticas corrientes de la especie? ¿Habrá de querer más? En la singular transición histórica vivida por la sociedad contemporánea se hizo imperativo el surgimiento de una nueva reflexión ética para modular el comportamiento humano, de modo que las acciones de los hombres y las mujeres puedan converger para la consecución de beneficios universales, sin poner en riesgo la propia supervivencia de los seres humanos en este planeta.

***Palabras clave*:** ética y bioética – conducta moral ante los desafíos del siglo XXI – procedimientos biotecnológicos en los seres humanos

Summary: The contemporary world is characterized by a formidable accumulation of scientific knowledge, which is responsible for developing the technology that permeates all latitudes of the planet and is incorporated, so virtually irreplaceably, to the daily life of human beings. However, the world is in a borderline: serious responsibilities determined by the process of increasingly aggressive human intervention in the biosphere (accelerating its deterioration) and the very human biology, reaching its genetic identity. Humanity is wrapped in a moral dilemma, since it is found that most of the benefits offered by human knowledge —the whole set of scientific and technological progress of humanity— remains inaccessible to most of the universal family. A recurring issue in today's society is to establish the boundaries between normal and abnormal, between natural and artificial. Is the human being willing, once again, to transgress the parameters established

* Profesor titular de Medicina Legal, Ética y Bioética de la Universidade Estadual de Montes Claros, Brasil. Profesor del Máster en Medicina Forense de la Universidad de València, España. Miembro titular de Academia Mineira de Medicina y de la International Academy of Legal Medicine.

by her concerning what is normal, anatomically and physiologically? Will she not be satisfied by merely making her biological structure sufficiently adapted to the current practices of the species? Will she want more? In the singular historical transition experienced by contemporary society, the emergence of a new ethical reflection to modulate human behavior has become imperative, so that the actions of men and women can converge to the achievement of universal benefits, so as not to endanger the very survival of human beings on the planet.

***Keywords*:** ethics and bioethics – moral conduct concerning the 21st century – biotechnological procedures in the human being

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA ÉTICA DE LA POSMODERNIDAD.– III. TECNOLOGÍAS DEL PERFECCIONAMIENTO HUMANO.– IV. APUNTES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El mundo contemporáneo se caracteriza por tener un magnífico conjunto de conocimientos científicos, responsables por el desarrollo de la tecnología que diseminan por todas las latitudes del planeta y se incorporan, de modo prácticamente insustituible, a la cotidianidad del ser humano. En ninguna otra época de la historia el hombre fue capaz de acumular tanto conocimiento, lo que ha causado el surgimiento de nuevas disciplinas y ciencias, entre las que destaca la biotecnología, responsable por la reformulación de toda la matriz del conocimiento humano en cada período de cinco años, de tal modo que sus aplicaciones hicieron difícil la distinción entre ficción y realidad[1].

El marco decisivo para el nacimiento de la biotecnología moderna fue el descubrimiento de la estructura doblemente helicoidal del ADN —ácido desoxirribonucleico—. Este hecho ha acelerado de modo irreversible el desarrollo de la genómica —área especializada en el desciframiento del código genético de los seres vivos— cuyo nacimiento quedó incluido, en definitiva, entre los mayores acontecimientos científicos de todos los tiempos.

Desde entonces, los avances de la biotecnología han sido tan espectaculares cuanto los desafíos asumidos por el propio ser humano en el intento de mitigar sus carencias de alimentación, salud y bienestar. No es sin razón que el sector de la salud acumula la mayoría de las inversiones en biotecnología: centenares de drogas y vacunas de origen biotecnológica se encuentran, actualmente, en fase de ensayo clínico para su definitivo uso en los seres humanos con la finalidad de vencer los desafíos representados por enfermedades como cáncer, enfermedad

1 DRUMOND, José Geraldo de Freitas. «Biotecnologia e Bioética». *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, XCVI (2007), pp. 145-160.

de Alzheimer, diabetes, cardiopatías, esclerosis múltiple y sida, para señalar las más destacadas.

Esta nueva realidad científico-tecnológica —cuyo impacto en la economía mundial ya es voluminoso— ha iniciado su evolución en poco más de medio siglo. Sin embargo, su capacidad de transformación e intervención en el medio ambiente y en la especie humana ha provocado, a un tiempo, perplejidades científicas y éticas.

De entre las incontables innovaciones tecnológicas en el área de salud con repercusiones inmediatas sobre la vida del ciudadano, destacan la producción de antibióticos más potentes, la reproducción médicamente asistida, la terapia genética y el uso de nuevos materiales y medicamentos en las áreas de la estética y sexología.

En lo que respecta al área médica, sin embargo, la biotecnología viene fomentando tres grandes utopías humanas: la utopía de la eternidad (por el aumento de la longevidad); la utopía de la belleza (por los cambios cosméticos); y la utopía del placer (por el surgimiento de nuevas drogas que suprimen el dolor y promueven los placeres físico y psíquico).

En este sentido, Sfez observa que la actual obsesión humana es la utopía de la salud y cuerpos perfectos[2]. Pese a los progresos observados, el mundo se encuentra en una frontera de graves responsabilidades éticas determinadas por el proceso de intervención humana cada vez más agresivo, sea al nivel de la biósfera (acelerando su deterioro), sea en la propia biología humana, al interferir en su identidad genética. La última batalla en pro de la dignidad humana se pelea diariamente en los laboratorios de genética molecular y en las clínicas de reproducción asistida, donde se manipula el ADN humano y donde embriones son seleccionados conforme sus características genéticas y/o aptitudes elegidas por sus progenitores.

En momento alguno de la historia de la humanidad el hombre acumuló tan grande poder de intervención en la biósfera y en su propia naturaleza tanto en el plano macro cuanto en el plano microscópico y hasta molecular y pese a las preocupaciones surgidas a nivel mundial para controlar esas intervenciones, el hombre continúa interviniendo. Esas preocupaciones no son de la crónica reciente. Fritz Jahr, teólogo y pastor protestante de Halle, que en 1927, en Alemania, publicó en la conceptuada revista *Kosmos*, un trabajo científico titulado «Bio-Ethik: Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze», ha inaugurado una nueva propuesta de relaciones entre los hombres, animales y plantas[3].

2 SFEZ, Lucien. *A saúde perfeita: crítica de uma utopia*. São Paulo: Loyola, 1996.

3 LOLAS, Fernando. «Bioethics and Animal Research. A Personal Perspective and a Note on the Contribution of Fritz Jahr». *Biological Research*, 41 (2008), pp. 119-123.

En los años setenta surgió en los Estados Unidos de Norteamérica una propuesta semejante que tuvo origen en autores distintos, preocupados por las consecuencias del uso del conocimiento científico y tecnológico y la integridad y dignidad del hombre. Entre ellos destacó Van Rensselaer Potter quien ha «re-inventado» el neologismo «bioética» de Jahr para proponer una nueva reflexión ética, global y solidaria para la vida en general y para la supervivencia humana, en particular. Su obra seminal es *Bioethics: Bridge to the Future*. Para Potter, una supervivencia alargada de la especie humana en nuestro planeta, a través de una civilización digna y sostenible, exigiría el desarrollo y el mantenimiento de un nuevo sistema ético[4].

La bioética se ha transformado en un abordaje ético respecto de los rumbos de la ciencia y de la tecnología («ética de la ciencia»), fundamentando guías morales para el uso de la ciencia y tecnología en los tiempos modernos, teniendo por blanco la preservación de la dignidad del hombre[5].

II. LA ÉTICA DE LA POSMODERNIDAD

La humanidad se encuentra inmersa en una perplejidad ética, caracterizada por la constatación de que la mayoría de las conquistas propiciadas por el conocimiento humano —todo el conjunto del progreso científico y tecnológico de la humanidad— sigue siendo inaccesible para la mayoría de la familia universal.

El consumismo, transformado en un fin en sí mismo, ha sometido al planeta a la economía de mercado, contribuyendo a que naciones ricas mantengan a otros pueblos bajo su dominación económica, ideológica e incluso religiosa, en algunos casos.

En la singular transición histórica vivida por la sociedad contemporánea se hizo imperativo el surgimiento de una nueva reflexión ética para modular el comportamiento humano, de modo que las acciones de los hombres y las mujeres puedan converger para la consecución de beneficios universales, sin poner en riesgo la propia supervivencia de los seres humanos en este planeta.

Son enormes los desafíos y complejos los problemas éticos del mundo actual. Entre ellos encontramos la privatización de la ética, la invasión de la tecnología en lo cotidiano personal y profesional (razón del extraordinario progreso material y el surgimiento de una sociedad de consumo superfluo, descartable y la competencia por el cúmulo de bienes),

4 POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the Future.* Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971.
5 LOLAS, Fernando & José Geraldo de Freitas DRUMOND. *Fundamentos de uma Antropologia Bioética. O apropriado, o bom e o justo.* São Paulo: Loyola, 2007.

la insensibilidad individual y social, la racionalización de los fenómenos sociales, y el abordaje economicista del mundo, que en la visión de Lipovetski hizo surgir una sociedad culturalmente vacía[6].

Una de las características más marcadas del siglo XX ha sido el desarrollo de la tecnología, debido a la acumulación exponencial de conocimientos producida desde el final del siglo XIX. Esta acumulación determinó rápidos cambios en la base del conocimiento humano a partir de la segunda mitad del fin de siglo. La odisea científico-tecnológica del siglo pasado nos ha legado tres emblemáticos ejemplos: los proyectos Manhattan, Apolo y Genoma Humano. El proyecto Manhattan ha sido desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica con la participación de científicos alemanes e italianos, y ha desarrollado la tecnología de la fisión del átomo. Sin embargo, sus usos iniciales resultaron en la destrucción de miles de seres humanos en Hiroshima y Nagasaki. El proyecto Apolo ha protagonizado el descubrimiento de la tecnología de los cohetes a propulsión que culminó con el envío de la primera nave tripulada a la Luna y la primera incursión del hombre en el espacio infinito del universo inexplorado. El proyecto Genoma Humano (PGH), iniciado en octubre de 1990 a través de un consorcio de dieciséis centros oficiales que comprendía universidades e institutos científicos de los Estados Unidos, Gran Bretaña, Japón, Francia y China, ha sido costeado por el Departamento de Energía de los Estados Unidos y se estimó que sería concluido en el plazo de quince años. Tenía por objetivo descifrar el código genético humano a un costo aproximado de tres mil millones de dólares.

Sin embargo, en virtud de la competencia establecida entre los institutos de investigación públicos y privados de los Estados Unidos de Norteamérica, el PGH concluyó anticipadamente, en el año 2000, con el desciframiento de poco más que veintiséis mil pares de genes que codifican proteínas de los cerca de cien mil genes anteriormente previstos, confirmándose que la mayor parte de las secuencias del código genético no presentan significado aparente.

Ante el panorama paradójico del mundo actual —los progresos de la ciencia y la miseria vivida por uno tercio de las naciones—, Morin ha advertido sobre la posibilidad de naufragio de la humanidad en el exacto momento en que nace su futuro tecnológico[7]. Organismos internacionales han buscado establecer marcos éticos para delimitar el uso del conocimiento científico actual en los seres humanos. Así, la Unesco ha promulgado la *Declaración Universal sobre el Genoma*

6 LIPOVETSKI, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Traducción de Therezinha Monteiro. Barueri: Manole, 2005.

7 MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Séptima edición. Traducción de Maria Alexandre y Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

y los Derechos Humanos el 11 de noviembre de 1997, conquista comparable a la *Declaración Internacional de los Derechos Humanos* de diciembre de 1948 y, el 19 de octubre de 2005, la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* como resultado de las preocupaciones provocadas por las innovaciones tecnológicas que tanto pueden beneficiar a la humanidad como perjudicarla por su uso inadecuado o abusivo. Pero no son las normas rígidas, ni las prescripciones inamovibles demandadas por la posmodernidad. Son modestas reglas de juego para la convivencia y la tolerancia que traen a la memoria la dignidad y la integridad de los seres humanos sin la unilateralidad del fanatismo ni la liviandad de la indiferencia.

Es necesario señalar que una decisión ética o bioética necesita mucho más que la posible afinidad con cierto modelo teórico. En general, hay que combinar diversos modelos y, aun así, se puede no solucionar un conflicto ético en razón de las limitaciones propias de la racionalidad humana, debido principalmente a que las situaciones humanas no se resuelven con fórmulas o recetas, pues reaccionamos por medio de sentimientos y actuamos en consonancia con nuestros propios valores[8].

Una creencia o convicción moral debe basarse en fundamentos que la justifiquen. No es suficiente tener un conjunto de creencias morales. Está probado que eso no es suficiente, pues la alegación o explicación de tales creencias, en general, no ofrecen cualquier soporte para la conclusión pretendida: ni todas las razones son buenas razones y ni todas las buenas razones son suficientes para una buena justificación, como enseñan Beauchamp y Childress[9]. Es necesario más. Se debe apreciar de entre las razones, la más relevante y más adecuada para el juicio moral.

III. TECNOLOGÍAS DEL PERFECCIONAMIENTO HUMANO

La biotecnología es una de las más nuevas ramas de la ciencia biológica, un producto de desarrollos importantes en el campo de la biomedicina, con implicancias en todas las áreas biológicas, especialmente la de la salud.

En realidad, la biotecnología existe en la forma de proceso de intervención en la producción de alimentos desde los inicios de la civilización humana, ya que la fermentación del pan y la obtención de la cerveza, por ejemplo, fueron obtenidos por procesos biotecnológicos que utilizan seres vivos y procesos bioquímicos.

Las nuevas biotecnologías tuvieron inicio tras el descubrimiento de la estructura de la molécula de ADN, cuyos conocimientos, asociados

8 Lolas, Fernando & José Geraldo de Freitas Drumond. Ob. cit.
9 Beauchamp, Tom & James Childress. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

a los conocimientos de bioquímica, han fundamentado la intervención en los mecanismos metabólicos celulares a través de la ingeniería genética y hasta en la producción de nuevos organismos. Así, el vocablo bioética se ha transformado en una seña para una nueva era de la ciencia.

La biotecnología ha avanzado tanto, en prácticamente todos los procesos vitales de los seres vivos en el siglo XX, que este ha sido llamado «el siglo de la biotecnología». Tan verdadera es esa afirmación que la revista *Science*, al cumplir 125 años de existencia en el año 2005, eligió 125 preguntas acerca del universo, de la vida y del hombre que todavía se encuentran sin respuestas. De entre ellas, 25 se referían a los mayores misterios de la naturaleza y, de estas, 15 eran relativas a cuestiones de la genética, el cuerpo humano y la biología[10].

Justifica la necesidad del conocimiento adecuado de la biotecnología y de sus aplicaciones, el hecho de haberse transformado en un instrumento de poder de los hombres que, a través de técnicas —por ejemplo de la recombinación genética—, instrumentos (la secuenciación del ADN) y productos (nuevas drogas y vacunas, por ejemplo), otorga a los seres humanos el poder de controlar sus propias vidas y disminuir los riesgos de enfermedades. Las técnicas y los instrumentos puestos a disposición del hombre por la biotecnología aumentan su capacidad para actuar o desempeñar nuevas actividades. La producción de sustancias como la hormona del crecimiento, por ejemplo, propicia el intento de incrementar la estatura o potencializar la fuerza muscular. Al fin y al cabo, la biotecnología, en realidad y en perspectiva, tiene el poder de producir perfeccionamientos o mejoras importantes en los seres humanos.

La discusión sobre esta potente herramienta de la ciencia nos remite al abordaje de la ética de los medios y la ética de los fines, en razón de que el poder transmitido por sus técnicas ofrece considerable autonomía para el uso de los humanos. Al comprender que tales herramientas pueden ser utilizadas para la mejoría de la condición humana, debemos considerar las dificultades que en muchas situaciones se presentan para valorar si ciertas mejoras benefician al individuo y la sociedad. Es decir, hay técnicas que pueden ser utilizadas para la obtención de mejoras en el desempeño de un individuo teniendo en cuenta su deseo particular; sin embargo, tal perfeccionamiento puede determinar un perjuicio para su salud.

No se puede olvidar que la biotecnología ha proporcionado a nuestra civilización una nueva «Edad de Oro», por su interacción con la biología y la medicina, al hacer factible la intervención en la evolución de los seres

10 Pessini, Leo. «Bioética e o pós-humanismo. Ideologia, utopia ou esperança?». En Pessini, Leo & otros (orgs.). *Bioética em tempo de incertezas*. São Paulo: Loyola, 2010.

vivos en general, y de los humanos en particular, para la corrección o prevención de una anomalía o perfeccionamiento de sus potencialidades biológicas. Esa «Edad de Oro» ha permitido avanzar en el campo de las neurociencias con relación a los nuevos conocimientos sobre procesos mentales y comportamientos, además de fomentar la producción de nuevas medicinas para el tratamiento de enfermedades psíquicas. Sofisticados equipos nanotecnológicos son producidos para implantarse en el cerebro y en otras partes del cuerpo humano con la intención de suplir deficiencias congénitas o adquiridas, por ejemplo la superación de la ceguera y sordera. Artefactos son proyectados para dar vitalidad al organismo en proceso de envejecimiento fisiológico, disminuyendo los efectos del proceso de senescencia. Hay un entusiasmo de los artífices de la «nueva ciencia» que, asociada a la industria, colabora efectivamente en la fabricación de productos sintéticos. Esto permite hacer un nuevo diseño de la anatomía y fisiología humanas, de modo que el hombre se haga cada vez más merecedor de habilidades jamás pensadas. Sin embargo, el uso de la biotecnología médica para distintos fines parece no haber aún merecido la debida atención pública. Señal de esto es su no inserción en la discusión bioética como un tópico descuidado en las políticas públicas[11].

Muchos de los nuevos conocimientos biotecnológicos tienen la finalidad de curar o disminuir las desdichas del hombre, perfeccionando o mejorando sus potencialidades naturales. Sin embargo, su admisibilidad moral todavía es un tema controvertido y este asunto constituye una zona gris en la fundamentación de una toma de decisión, pues el uso de nuevas tecnologías, en su mayoría, no constituye un problema, sino dilemas, o sea, problemas sin solución aparente.

A propósito de las concepciones filosóficas y consecuencias de la evaluación de los objetos tecnológicos, Olivé advierte que la identificación, estimación, aceptación y gestión del riesgo deben asociarse necesariamente a los valores[12]. Aunque no todos estos valores sean éticos, existe un problema en la base de la valoración del enfrentamiento de los problemas éticos creados por el riesgo generado por los sistemas biotecnológicos. Soares defiende que la práctica del control social de las biotecnologías exige una salida de naturaleza ética para la racionalización de la aplicación de los principios científicos con el fin de beneficiar la sociedad[13].

11 The President's Council on Bioethics. *Beyond Therapy. Biotechnology and the Pursuit of Happiness*. Nueva York: Regan Books, 2003.

12 Olivé, León. «Los objetos biotecnológicos: concepciones filosóficas y consecuencias para su evaluación». *Acta Bioethica*, IX, 1 (2003), pp. 9-19.

13 Soares, Bernardo Elias Correa. «Aspectos éticos del entendimiento público de la biotecnología». *Acta Bioethica*, IX, 1 (2003), pp. 63-67.

Mientras se constata que el uso de la tecnología recombinante en productos médicos y farmacéuticos tiene gran aceptación por parte de la sociedad —en especial debido al evidente progreso en la cura de enfermedades—, todavía no es tan claro para el consumidor el valor real de la investigación para mejorar la calidad de los alimentos. Como el área de salud es aquella en que el público más percibe y experimenta los progresos de la biotecnología, comienzan a surgir investigaciones científicas sobre el sentimiento de la población acerca de esos posibles progresos. Calnan, Montana y Horne han investigado la aceptación del público de Inglaterra y Gales respecto a las innovaciones tecnológicas en los cuidados de la salud. Sus resultados han demostrado una ambivalencia en la creencia en las nuevas tecnologías médicas o médico-biológicas, principalmente en lo que respecta a aquellas aplicadas en la reproducción asistida o en la terapia genética para retardar el envejecimiento. Asimismo, eran aceptadas, o más aceptadas, aquellas en que se utilizaban células madre para el tratamiento de desórdenes específicos[14].

Se observa una creciente concientización de la población, estimulada por los medios en todos sus matices, sobre la responsabilidad moral en el uso del conocimiento actual en las varias áreas de aplicación de la biotecnología. Esto se puede comprobar por la constitución de grupos y organizaciones de defensa de los alimentos en su estado puro, aquellos que protestan pidiendo la eliminación de los alimentos transgénicos, mientras otros aceptan convivir con tales productos mientras los consumidores estén adecuadamente advertidos respecto de su origen.

Además, artefactos biotecnológicos pueden ser producidos con la intención malévola de provocar daños individuales y colectivos, como es el caso de armas para el control masivo de poblaciones o instrumentos de bioterrorismo. Las aplicaciones biotecnológicas pueden ser usadas para buscar «perfecciones», sensación de bienestar, o ambos, transformando la vida de las personas y la sociedad misma, además de las finalidades de las profesiones y de los profesionales de la salud. En el caso de la profesión médica, hoy más que en cualquier época, los procesos biotecnológicos han suscitado una nueva definición de salud, medicina, calidad de vida y bienestar. Finalmente, la biotecnología ha provocado expectativas de revisión de cuestiones filosóficas tradicionales, como la definición de lo que es la vida, una vida humana y una comunidad saludable.

El sueño de la perfectibilidad del hombre y sus utopías actuales (utopía del placer, utopía de la eternidad y utopía de la belleza), pasaron a ser mediadas por la ciencia y la tecnología. Esto permitiría a los hombres

14 Calnan, Michel & otros. «How Acceptable Are Innovative Health-Care Technologies? A Survey of Public Beliefs and Attitudes in England and Wales». *Social Science & Medicine*, 60 (2005), pp. 1937-1948.

tomar a su cargo la tarea de completar el «trabajo» de la naturaleza o, quien sabe, hasta perfeccionarlo, haciéndose más sabios, más capaces y calificados. Así, pues, la moderna biotecnología pone a disposición del hombre la prevención de la fertilidad, la selección genética de gametos y embriones (a través de la ingeniería genética); la alteración de la memoria, los cambios de humor, de comportamiento, del libido y de la atención (a través de las drogas); la sustitución de partes del cuerpo por trasplantes de órganos o tejidos derivados de las células madre y, en fase de desarrollo, la implantación de chips computadorizados en distintas partes anatómicas, en especial en el cerebro.

La gran cuestión es saber distinguir entre «terapia» y «perfeccionamiento» (mejoría). El concepto médico de terapia adviene de la palabra griega *terapeia*, que significa ponerse al servicio del paciente. Servicio que, aplicado a la biotecnología, tendría por objetivo tratar personas con enfermedades desconocidas y discapacidades con la finalidad de restituirles la salud y las actividades consideradas adecuadas a su bienestar. El «perfeccionamiento» consistiría en el uso de la biotecnología para cambiar, por la intervención directa, no un proceso de enfermedad, sino actividades «normales», anatómicas y psíquicas, en el sentido de aumentar sus capacidades y habilidades naturales[15].

Al considerar tales conceptos se puede aceptar que la utilización de la biotecnología para los fines terapéuticos es adrede y éticamente buena, mientras que su uso para perfeccionamiento o «mejoría» es éticamente dudoso. Aunque se tenga presente que la distinción entre terapia y perfeccionamiento no exija más que una buena razón, la experiencia recomienda que la diferencia esté entre el «restablecimiento a la normalidad» y el «logro más allá del normal». En verdad, no es generalmente fácil distinguir entre una y otra finalidad, pues muchos de los procedimientos médicos son calificados como terapéuticos cuando no dejan de ser, además, perfeccionamientos o mejorías. Este es el caso, por ejemplo, de una cirugía para la corrección de la deficiencia visual en un atleta, o la corrección de la discapacidad auditiva en otro. Esto puede ocasionar dificultades para científicos o especialistas respecto de la definición de lo que es terapia o perfeccionamiento como, por ejemplo, tratar con la hormona del crecimiento a un paciente portador de enanismo o rehabilitar la capacidad fértil de una mujer después de la menopausia.

Para Juengst, una distinción entre terapia y perfeccionamiento puede ocurrir en los términos de la delimitación de la práctica médica profesional. Terapias serían cualquier intervención que los médicos y sus pacientes aceptan como usualmente pertinentes, mientras que

15 The President's Council on Bioethics. Ob. cit.

los perfeccionamientos son simplemente intervenciones que se sitúan lejos del alcance profesional[16]. Así, una terapia física por prescripción médica con la finalidad de aumentar la fuerza muscular podría ser considerada un tratamiento legítimo, mientras que el levantamiento de peso bajo la supervisión de un entrenador para una preparación física particular, podría ser considerado un perfeccionamiento.

Resnik (2004), acerca del dilema terapia versus perfeccionamiento, considerando los progresos de la ingeniería genética aplicados al ser humano, acuerda que autores clínicos y científicos defienden la terapia genética con cierto escrúpulo moral. En la mejoría genética, ha dicho él, la finalidad de la intervención no es tratar o prevenir una enfermedad, sino obtener otro resultado, como el incremento de la estatura, la inteligencia, la resistencia a las enfermedades o la habilidad musical[17].

Hay, además, una distinción entre terapia genética, moralmente admisible, y mejoría genética, inaceptable (principalmente en la intervención en células germinativas o gametos) o, al menos, cuestionable. Este dilema remite a una cuestión importante que es la moralidad y legitimidad de la financiación pública de las investigaciones científicas en el área de ingeniería genética humana. Otra área de aplicación sobre el organismo humano es la nanotecnología, que significa ingeniería o manipulación de la materia y la vida en escala nanométrica (escala de un billonésimo de metro). La aplicación de sus conocimientos en el cuerpo humano puede determinar cambios significativos. En sus inicios dedicada al papel de realizar la miniaturización de componentes electrónicos, la nanotecnología inmediatamente atrajo la atención de sectores militares de defensa. Sin embargo, amplió su rayo de acción y, como ciencia, pasó a desarrollar herramientas de aplicación humana en el interés, primero, de la salud y bienestar de los seres humanos. Las aplicaciones médicas de la nanotecnología incluyen la elaboración de drogas «inteligentes», equipos de destrucción de células tumorales o agentes infecciosos, eliminación de placas arterioscleróticas de las paredes de vasos sanguíneos —especialmente las arterias coronarias—, y nanoestructuras para posible reparación o sustitución de organelas celulares, además del propio ADN.

Hook (2004) describe, además, la utilización de herramientas nanotecnológicas para la sustitución artificial de células sanguíneas (que posibilitaría solucionar la cuestión de naturaleza moral religiosa del proceso de transfusión de sangre en Testigos de Jehová), incrementar o reparar neuronas cerebrales, posibilitar la biocompatibilidad e interfaz

16 JUENGST, Eric. «What Does Enhancement Mean?». En PARENS, Erik. *Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 1998, pp. 24-97.

17 RESNIK, David. «Genetic Engineeering, Human». En POST, Stephen (ed.). *Encyclopedia of Bioethics*. Tercera edición, 2004.

entre el cerebro y equipos cibernéticos (microchips) y el desarrollo más duradero de equipos protéticos o implantes[18]. En el área terapéutica habría una mayor efectividad en el tratamiento de los grandes procesos mórbidos, como el cáncer, las enfermedades infecciosas y las enfermedades vasculares, obteniéndose así una gran mejora en el tiempo de duración de la vida humana. Desde el punto de vista ético, Hook cree que las nanotecnologías deberían ser discutidas teniendo en cuenta los desafíos para su evaluación y su reglamentación, su impacto ambiental, la cuestión de la justicia y el acceso a los bienes y servicios que se pueden originar, las implicancias éticas y sociales del aumento de la longevidad, resultante de las nanotecnologías médicas y, al fin, las cuestiones del aumento o perfeccionamiento de atributos humanos y sus funciones. En el límite de las alteraciones producidas por las nuevas tecnologías hay que considerar la cuestión de la cibernética que desde el punto de vista conceptual puede ser definida como la ciencia del control y de la comunicación entre el animal y la máquina[19]. El vocablo *cyborgs*, u organismos cibernéticos, surgió de la constatación de la existencia de significantes similitud entre los sistemas biológicos y los mecánicos o eléctricos, refiere el autor citado. Igual que las otras tecnologías, la cibernética sigue en la dirección de añadir prótesis a los cuerpos humanos o animales y sustituir funciones perdidas o aumentar actividades.

Los humanos utilizan permanentemente equipos para incrementar distintas funciones y, a lo largo de siglos, han adaptado algunas de estas herramientas a sus cuerpos: dientes artificiales, gafas y lentes de contacto, aparatos de audición, marcapasos cardíacos, miembros artificiales. La última centuria ha sido pródiga en el desarrollo de conocimientos sobre la relación entre las neurociencias y la computación electrónica, lo que ha determinado una interfaz directa entre el sistema nervioso humano y los equipos electromecánicos. Son ejemplos de esa interacción hombre-máquina la creación de conexiones neuro siliconadas (*neuro silicons*) que involucran transistores y neuronas para la preparación de circuitos neuronales, la recreación de imágenes visuales de señales trasmitidas por conductos ópticos de gatos, el control remoto de manipulador mecánico de brazos por implantes insertados en el córtex motor cerebral de monos-coruja y el control remoto que puede hacer que ratones caminen a través del implante de placa de electrodos. Equipos son fabricados para que, a través de la miniaturización, sean acoplados al cuerpo o a los ojos, o a los accesorios de aparatos ópticos propiciando, por ejemplo, una visión retrógrada, la visión nocturna, la audición amplificada, el acceso independiente a la Internet (*wireless*) o a otras bases de datos. Las primeras aplicaciones de las distintas prótesis fueron para sustituir, reparar miembros o, aun, restaurar y amplificar determinados sentidos

18 Hook, Christopher. «Cybernetics». En Post, Stephen (ed.). Ob. cit.
19 Ibídem.

teniendo, por lo tanto, la finalidad médica o terapéutica. Sin embargo, actualmente, con el avance de la cibernética es posible establecer una diferencia entre lo que fuera utilizado para curar o reparar y lo que puede ser utilizado para incrementar funciones no alteradas o perdidas. Acerca de este hecho surgen desafiantes planteamientos éticos sobre el hombre y la búsqueda de aumentar sus funciones normales (fisiológicas).

De nuevo la cuestión remite a una definición sobre lo que puede ser considerado estructural y funcionalmente normal o no, fisiológico o artificial. Si consideráramos situaciones extremas, como la hemofilia, el enanismo y la miopía, no habría dificultades en responder. Otras situaciones son más difíciles, como definir el ideal del peso corporal en los límites de la variación normal y cuándo este desvío se haría patológico. Hay que considerar, además, una variación cultural en la definición de enfermedad, como es el caso de una comunidad de sordos que juzga el hecho de poseer hijos sordos como «normal», o una comunidad de enanos, con similar comprensión.

La medicina es una ciencia que presenta muchos límites, como el límite entre el normal y el anormal, el saludable y el enfermo, el joven y el viejo. Como profesión, la medicina —a ejemplo de muchas otras profesiones relacionadas con la salud— posee incontables límites. Por ejemplo, los diferentes espacios semánticos que delimitan el «sentirse enfermo», «tener una enfermedad», «ser considerado enfermo», son a veces inconmensurables en sus significados y connotaciones[20]. De igual modo, una línea fronteriza tenue divide el concepto de terapia del de perfeccionamiento. División que se hace cada vez más difícil, teniendo en cuenta que la ciencia médica descubre, cada día, herramientas nuevas para problemas antiguos considerados insolubles. Es el caso del crecimiento de la estatura de un niño, la utilización de una medicina para el control de la atención o mejoría del humor, además de la mejoría de las condiciones físicas (condicionamiento) de personas «saludables» para que puedan permanecer más tiempo sin adquirir enfermedades.

IV. APUNTES FINALES

Una cuestión recurrente en la sociedad actual es buscar establecer los límites entre lo normal y lo anormal, entre lo natural y lo artificial. ¿Estará el hombre dispuesto, una vez más, a transgredir los parámetros de normalidad anatómica y fisiológica establecidos por él mismo? ¿No le bastará para estar satisfecho el hacer su estructura biológica lo suficientemente adaptada para las prácticas corrientes de la especie? ¿Habrá de querer más?

20 LOLAS, Fernando & José Geraldo de Freitas DRUMOND. Ob. cit.

El hombre parece no soportar una inteligencia que le haya proporcionado tanto conocimiento sin que pueda probarlo. De ahí que interfiera en su propia naturaleza, transgrediéndola más allá de sus propias bases anatómicas y fisiológicas, mezclándola con aditivos biológicos y materiales artificiales; en suma, haciéndose un superhombre o «cyborg», no importa si cada vez menos natural y más artificial. El fuego de la sabiduría robado a Zeus tiene ahora el poder de trasformar en realidad sueños y ensueños y, finalmente, sustituir a los gigantes del Olimpo por los mortales que disponen de armas poderosas, la ciencia y la tecnología.

La utilización de los recursos que la ciencia y la tecnología contemporáneas ofrecen al hombre imponen la debida reflexión moral y ética y constituyen el mayor de los desafíos de la filosofía moral en este siglo XXI.

Los escenarios abiertos por los desarrollos científicos, principalmente tras la llegada de la biotecnología, inciden vigorosamente sobre cualquier empresa humana, desde el aspecto preventivo al modelado de seres vivos actuales, incluso el surgimiento de nuevas especies. De ahí resulta que el uso de un procedimiento tecnológico para modificar una actividad humana requiere su concomitante reflexión ética. Todos estos aspectos se insertan en una nueva forma de reflexión moral de la humanidad —la bioética— que significa el encuentro o diálogo entre las ciencias y la moral, una reflexión sobre las consecuencias de la aplicación del conocimiento humano sobre la propia vida y el futuro de la biósfera.

Desde la constatación de que el propio conocimiento todavía no legitima sus respectivos usos sin la debida reflexión sobre sus consecuencias, es posible afirmar que la ciencia y la tecnología, productos del conocimiento humano, representan un nuevo poder y este puede ser usado tanto para el bien, como para el mal. Tal cual la esfinge de Jano, dios romano, el poder científico-tecnológico tiene su faz iluminada proyectada sobre los beneficios obtenidos por la humanidad, pero su faz sombría significa los riesgos y daños obtenidos como consecuencias no deseadas y perjudiciales al hombre, la humanidad y la biósfera. Los procedimientos y técnicas cuyo fin sea alterar la constitución orgánica en detrimento de la salud como, por ejemplo, la introducción de sustancias, la sustitución y o modificación de configuraciones genéticas que posibiliten, aunque potencialmente, a alguien disponer de recursos adicionales que pueden propiciar riesgos para su salud, deben ser objeto de un análisis valorativo y de reflexión ética.

Ninguna intervención en el organismo humano es inocua, sea de naturaleza clínica o quirúrgica. En el actual estado del arte biotecnológico, la manipulación del genoma para obtener un embrión con características diferenciadas podrá traer tardíamente consecuencias no previstas que pueden causar cuestionamientos por parte de quienes

fueron el blanco de esa alteración. Las intervenciones biomédicas o biotecnológicas deberán regirse por conductas éticas compatibles con la integridad física y moral del ser humano, entendiendo como tales conductas la intervención para prevenir o curar situaciones que impiden o dificultan una vida normal.

Abordar una cuestión tan compleja, como suele acaecer en el análisis de las actitudes humanas, implica la materialización de un espectro de valores jerarquizados y estructurados que tienen la capacidad de desorientar al observador más objetivo. Por eso necesitamos de la síntesis del pensamiento reflexivo. La acción especializada y la praxis normalizada responden a conocimientos y sentimientos de semejantes categorías, cada una con sus respectivos valores. Su conjunto resume el *ethos* de un campo de acciones y significaciones y determina los caracteres de sistemas sociales tan distintos como son los de la ciencia, la religión, la medicina y el deporte, para mencionar solo algunos. Es ahí, entonces, que se manifiestan las discrepancias y los antagonismos más irreducibles acerca de interpretaciones y valoraciones.

Una orientación de naturaleza bioética supone la incorporación del diálogo como elemento fundador y constituyente de las acciones. Permite tipificar las acciones de un actor del sistema social (médico, profesor, abogado, ingeniero, técnico, atleta), determinar si son pertinentes, hechas en consonancia con el arte, buenas porque hacen el bien para aquellos que las ejecutan o reciben sus efectos y justas porque pueden ser generalizadas para toda la comunidad. Para tipificar las acciones de un sistema social con el fin de conciliar intereses, atenuar discrepancias y conferir convergencias armonizadoras, en el sentido de respetarse la dignidad del ejercicio de una actividad profesional, un oficio o un arte, son necesarios tres pilares éticos que sostengan tales acciones: deben ser apropiadas, buenas y justas.

La tríada del pertinente, del bueno y del justo resume el sentido y el alcance de una praxis social. La antropología bioética debe ser señal de una modalidad de excelencia ética, virtud que de ser practicada representaría un antídoto en contra de la ilusión de nebulosas utopías humanas.

Recibido: 25/07/2012
Aprobado: 17/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 81-97
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Vivir y morir según la ley. Reflexiones teóricas interdisciplinarias sobre la vida de la persona y el derecho a la vida

To live and die according to law. Interdisciplinary theoretical thoughts on person's life and the right to life

PAULA SIVERINO BAVIO & JARIS MUJICA*

Resumen: El artículo aborda, desde la perspectiva de la antropología y la bioética jurídica, una serie de consideraciones sobre el derecho a la vida y la vida protegida por el derecho, partiendo de analizar las distinciones entre la vida del viviente y la vida de la persona, y reflexionando desde allí sobre los límites a la voluntad del sujeto enfermo que se encuentra en el tramo final de su existencia.

***Palabras clave*:** vida de viviente – vida de la persona – medidas fútiles – bioética – biopolítica

***Summary*:** The article discusses different considerations on the right to life and life protected by law from an anthropologic and legal bioethics perspective based on the analysis made between «the living's life» and «the person's life» distinctions as well as thoughts about ill person's will restrictions at the final stage of his life.

***Keywords*:** living's life – person's life – futile measures – bioethics – biopolitic

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA VIDA-DEL-VIVIENTE-HUMANO ES DIFERENTE A LA VIDA-DE-LA-PERSONA.– III. MECANISMOS DE TUTELA Y DE CONTROL. ¿QUÉ VIDA PROTEGE EL DERECHO Y QUÉ PROTEGE EL DERECHO A LA VIDA?.– IV. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA ANTE LA MUERTE Y EL MORIR.– V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente sanción de la ley 26.529, la llamada «Ley de Muerte Digna», en Argentina, que contempla la posibilidad de tomar decisiones informadas sobre el final de la vida, incluyendo directivas anticipadas de rechazo a tratamiento médico, vuelve a poner en el escenario de la bioética jurídica los cuestionamientos sobre los alcances de la libertad individual frente a la proximidad de la muerte y el sufrimiento, las condiciones de humanidad o humanización que dan sentido a la vida

* Paula Siverino Bavio es abogada, candidata a doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, directora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: psiverino@pucp.pe. Jaris Mujica es antropólogo, candidato a doctor en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: jmujica@pucp.edu.pe

de un sujeto y la regulación de las posibilidades de la ciencia sobre el cuerpo humano.

Las consideraciones sobre la vida, el objeto de protección del derecho a la vida y la vida protegida por el derecho son discusiones que subyacen al debate sobre las medidas fútiles y la admisibilidad del rechazo a tratamientos médicos en el proceso del final de la vida, dado que este es un espacio en donde se explicitan las visiones y tensiones sobre la vida como soporte de los derechos de la persona y la entidad del sujeto frente al derecho (en cuanto a la expresión de su identidad, autonomía y desarrollo de su personalidad).

Entendemos entonces que, antes de explorar la regulación sobre las conductas permitidas o prohibidas frente a la inmediatez de la muerte, es necesario estudiar las características del derecho a la vida y los conceptos de su formación. A su vez, el derecho a la vida requiere entender la formación del concepto «vida» y este es el objetivo de este artículo: se trata de presentar el debate en torno este concepto y sus orígenes teóricos. Esto es importante, pues la manera de construir el concepto genera tensiones sobre la consideración de «la vida» y su rol en la organización política y jurídica de la sociedad contemporánea impacta en las decisiones legales —normativas y/o jurisprudenciales— y estas, a su vez, en las decisiones sanitarias que van a afectar de manera directa al sujeto y a su entorno familiar en el trance final de la vida.

¿Cómo se considera a la vida desde la ley? En el Perú, el artículo 1 de la Constitución Política de 1993, establece que «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado». El nuevo texto constitucional de 1993 cambia el artículo 1 que en la Constitución de 1979 señalaba: «La persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. Todos tienen obligación de respetarla y protegerla».

Aunque la modificación en el artículo 1 parezca un dato menor, ella, que se da luego del autogolpe de 1992 en una cuestionada reforma constitucional, legitima de alguna manera un cambio en el eje de acción del derecho, que de centrarse en «la persona humana» pasa a articularse en torno a «la defensa de la persona humana». Y esta «defensa» tendrá por objeto principal su «vida». Pero i) ¿quién es la «persona humana» objeto de protección?; ii) ¿qué vida defiende el derecho?; y iii) ¿qué protege el derecho a la vida?

II. LA VIDA DEL VIVIENTE HUMANO ES DIFERENTE A LA VIDA DE LA PERSONA

Para abordar esta cuestión partiremos de una primera consideración: la persona no es producto de la reproducción sexual. La vida de la persona no es la misma que la vida biológica del viviente humano. Es más, para muchos sistemas culturales queda clara esta distinción y por ello no todos los vivientes humanos fueron considerados siempre personas: ser persona era un estatus que debía ganarse, pues se adquiría demostrando ciertos logros o atravesando complejos ritos de pasaje.

Persona, entonces, no es una categoría unitaria, no es una categoría de lo biológico, no es una categoría que venga de la naturaleza misma o de la profundidad última de la conciencia. Se trata, más bien, de una categoría cultural que en algunos casos se ha construido a través de los dispositivos de los sistemas teológicos, jurídicos o políticos. La *persona*, como la conocemos hoy, es una construcción tardía cuyo origen puede rastrearse en la historia reciente de Occidente, sobre todo en el siglo XX, en donde hubo un influjo particular para construir una idea común: a tal punto que en ese siglo la persona se convirtió en una categoría que parecía ser equivalente a ser humano viviente; y, por lo tanto, dicha apariencia llevó a la construcción de la ecuación en donde la vida del viviente humano implicaba por sí misma la vida de la persona.

En el contexto histórico del Occidente del siglo pasado, *persona* se convirtió en una categoría que se asentó como inmediata a la vida biológica. Así, esta asunción primera ha permitido que en el sentido común se presuma con facilidad que todos los vivientes humanos son personas por naturaleza predada, y que se trata de una constitución *per se*. Se reinventaron los derechos humanos, los derechos de las personas y el derecho a la vida como elemento vector[1].

Persona es una categoría abierta que se ha construido de distintas formas y que atravesó —y atraviesa— diversas transformaciones. Hay hoy un debate que busca a la *persona* en la profundidad de las estructuras biológicas, lo que es ilustrado por dos de las cuestiones más discutidas en la actualidad: ¿cuál es el momento biológico en el que se inicia la vida de la persona?, y ¿cuál es el momento biológico en el que cesa la vida de la persona? Y esto muestra el hilo de nuestro problema, pues la vida biológica del viviente humano no es la misma que la vida de la persona y, por lo tanto, encontrar el punto de inicio o de final de la vida de la *persona* en la vida biológica resulta una tarea imposible.

1 Parte de los argumentos de la sección II de este artículo han sido expuestos en: MUJICA, Jaris. *Microscopio. De la bioética a la biopolítica*. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, 2009, p. 26 y ss.

En las sociedades occidentales contemporáneas han surgido también distintos enfoques sobre la persona y se han construido, además, discursos que determinan su existencia o marcan su situación en el aparato social. En la modernidad clásica[2], estos aparatos estuvieron dispuestos, en gran medida, por la formalidad del discurso teológico cristiano y asentados en las codificaciones de los aparatos jurídicos formales. Aunque se asume, muchas veces, que es el derecho (y lo jurídico en general) quien tiene el monopolio de la categoría persona, resulta evidente, tras una revisión etnográfica, que esto no es así y que lo jurídico es uno, de varios campos, que ha construido definiciones de la persona y ha asumido una posición sobre la vida. Lo mismo sucede con las teologías. Incluso se puede indicar que los dispositivos jurídicos estuvieron muchas veces bajo la situación en que la teología hegemónica determinaba la constitución de los discursos y mandatos morales. Así, en Occidente, la Iglesia católica ha tenido un gran influjo sobre esta producción de discursos y ha tenido un peso importante en la construcción de la persona.

Nuestra noción de persona humana es fundamentalmente una noción cristiana:

> […] El paso de la noción de la persona, hombre revestido de un estado, a la noción de hombre sin más, a la de persona humana […] se plantea como la de la unidad de la persona, la unidad de la iglesia y la unidad de Dios […] Es a partir de la noción de uno cuando se crea la noción de persona, creo que en relación con las personas divinas, pero también y lo mismo, a propósito de la persona humana sustancia y forma, cuerpo y alma, conciencia y acto[3].

Es interesante observar que, en las teologías clásicas, la vida de la *persona* no constituye un asunto biológico, sino un hecho espiritual; se trata de un espíritu encarnado en un cuerpo, un cuerpo sacralizado, desbiologizado. Durante siglos, para la teología dominante del cristianismo occidental quedó claro que las personas, los verdaderos vivientes humanos, eran aquellos que tenían espíritu. El «alma» que algunos seres humanos vivientes poseían determinaba su ser persona o su potencialidad. Así, se podía clasificar a los seres vivientes según si estos tenían alma o no (los «salvajes», los «indios», los «esclavos», los «bárbaros», los «negros», los «infieles», las «mujeres»). La persona radica, para estas miradas, en la espiritualidad y libertad que pautan el carácter moral de sus acciones[4]. La libertad del hombre revela su trascendencia vertical. *Persona* es entonces el «ser libre» y su libertad implica «responsabilidad, veracidad,

2 Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Madrid: Siglo XXI, 1999.

3 Mauss, Marcel. «Sobre una categoría del espíritu humano: la noción de persona y la noción del yo». En *Sociología y antropología*. Madrid: Tecnos, 1971, p. 329.

4 Wojtyla, Karol. *Persona y acción*. Madrid: La Editorial Católica, 1982; Franquet, María José. *Las claves de la antropología de Karol Wojtyla*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1996.

autodeterminación y conciencia». Su trascendencia, basada en la espiritualidad, propicia el autogobierno del sujeto, a través del cual se revela Dios. Estos elementos que configuran la existencia (racionalidad, libertad, moralidad, espiritualidad) resultan categorías abstractas, diferentes de lo biológico. En estas primeras miradas podría decirse que, para estas teologías, la vida de la persona es también diferente de la vida del viviente biológico[5].

Pero las cosas han cambiado y con el tiempo el espíritu ha tenido que penetrar las estructuras biológicas. En otras palabras, si bien la espiritualidad de la persona se revelaría en sus acciones, caracterizadas por ser morales[6], se ha convenido que la unión celular del espermatozoide con el óvulo generaría una nueva persona, en tanto esta es considerada como una posibilidad espiritual, racional y trascendental, y se le ha otorgado al cigoto una *personeidad* (posibilidad o potencialidad de la persona en tanto realidad biológica y espiritual). ¿Qué significa esto? Pues se construye una mirada «teológica-biológica». Se suspende esa separación que parece una constatación evidente en las sociedades tradicionales donde la vida del viviente humano era diferente a la vida de la persona. Se asume la ecuación entre esas categorías, y al gestarla se ubica al espíritu en la «profundidad» de la biología, en el punto de partida de la vida del viviente humano. Ya no serían los signos exteriores de la cristiandad medieval los que permitirían identificar quiénes tienen alma y quiénes no y todo viviente humano sería *per se* una persona humana desde su existencia biológica[7].

La situación anterior ayuda a ejemplificar el problema: la biologización del debate sobre la vida, la construcción de una ecuación entre la vida del viviente humano y la vida de la persona. Y ocurrió que a mediados del siglo pasado, por primera vez, un supuesto hecho biológico determinaba la vida de una persona. Convertirse *en persona se desritualiza.* Los ritos que convertían, en las sociedades tradicionales, al sujeto en una persona, parecen suspenderse y se comienza a buscar el «origen» y su determinación en otros campos. ¿A qué se debió esta ecuación?, ¿a qué se debió el acercamiento entre lo biológico y lo teológico? Esto permite una segunda constatación: que no es una disposición trascendente, no es una disposición de principio la que gestó ese campo, y es más bien en relación con la política de la vida que gran parte de la Iglesia empieza su cercanía formal a los discursos de la ciencia médica y de la biología.

Esto es ilustrado claramente por dos debates muy álgidos que tienen lugar desde los años setenta, cuando se puso a punto la tecnología que permitirá observar y controlar el proceso reproductivo fuera

5 Mujica, Jaris. Ob. cit., p. 42.
6 Wojtyla, Karol. Ob. cit.
7 Mujica, Jaris. Ob. cit., pp. 43-44.

del cuerpo humano, i) la fecundación *in vitro* —lo cual llevó a un fuerte cuestionamiento sobre las obligaciones morales frente a un ser vivo en etapas iniciales de su desarrollo—; y ii) las técnicas de trasplantes de órganos, que obligaron a replantear el concepto jurídico y social de *muerte*, así como las obligaciones morales frente a personas con pérdida total e irreversible de sus facultades cerebrales superiores y/o vegetativas. El éxito de estas tecnologías y de aquellas que vendrían después visibilizarán los extremos de «ingreso y salida» a las realidades llamadas «ser humano» y «persona» y la necesidad, esgrimida por diversos actores sociales, de regular y controlar estos procesos.

Por otro lado, los descubrimientos y avances en relación con el genoma humano trajeron consigo la posibilidad de que el hombre se modifique a sí mismo como especie y una enorme expectativa sobre las posibilidades —percibidas como ilimitadas— terapéuticas, comerciales, etcétera, «encerradas» en el código del ADN. El genoma se transformó, en las últimas décadas, en un elemento de compleja percepción social, deviniendo, entre otras cosas, en el depositario último de las verdades «esenciales». Se busca en la expresión de los genes la explicación no solo de las enfermedades, sino de rasgos personales, conductas, tendencias, limitaciones. Microscopio mediante, la identidad del sujeto parece estar escrita en su genoma, a la espera de ser develada. Y el genoma no solo determinaría personalidades, sino que, merced los dispositivos legales, será el elemento creador de «personas». «Persona» es, para la ley, todo ser humano y un ser humano sería aquel que posee genoma humano.

Esto muestra de antemano un problema que se arrastra en las diferentes posturas, a saber, la pretensión de definir *a la persona* desde la prueba biológica y los indicadores biomédicos. Desde las alas más conservadoras hasta las más progresistas, la confusión entre la vida de la persona y la vida biológica de prueba científica resulta un asunto extendido. Por confusión, descuido o aseveración de principios estos términos aparecen en muchos casos indistintamente. La vida de la persona y la vida biologizada del viviente humano parecen ahora constituir una unidad. Esta ecuación, la unificación de *las vidas*, implica un aparato de organización conceptual que ha sido aceptado incluso por las formas de los pactos institucionales, las formas políticas y las estructuras jurídicas y de derechos. Hay cierta unidad formal entre la vida del viviente humano y la vida de la persona.

El artículo 6 del Pacto Político afirma: «*El derecho a la vida es inherente a la persona la persona humana*. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente […]»[8]. Con esta afirmación, que marca la estructura de la ecuación, se construye la

8 Cook, Rebeca; Bernand Dickens & Mahmoud Fathalla. *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*. Bogotá: Profamilia, 2003, pp. 154-155.

relación indefectible de la modernidad tardía: la vida del viviente, la vida de la persona, la vida biológica y la vida jurídicamente dispuesta se unifican. De tal modo, el sentido biológico que se le otorga al inicio de la vida humana nace en la categoría vida de las estipulaciones normativas. En efecto, estas se basan en el reconocimiento de las etapas de desarrollo embrionario para determinar el momento en que se es sujeto de derechos[9], le demandan a la ciencia el deber formal de marcar indicadores objetivos que determinarían biológicamente al viviente y biológicamente a la persona. Y así, la normativa del derecho y sus brazos exteriores regulan en codificaciones las acciones y los datos que la biología y las ciencias médicas llevan a cabo en el experimento científico. La producción jurídica y el saber de la biología se unen y construyen principios morales que operarían como principio de causa y acción[10]. El gran saber de la biología prima como principio de organización de datos, pero no puede ser regulado sin un aparato que lo formalice en el reglamento y que, al mismo tiempo, le otorgue su límite de acción posible (el Estado, la política, la ley) y su brazo exterior disciplinario (el derecho).

Las teologías también ingresan al debate y adoptan una posición tratando de ubicar al espíritu en los fenómenos biológicos y ubicándose así en el discurso político. En lugar de oponerse a la existencia del discurso científico (como había sucedido en toda la Edad Media y gran parte de la modernidad), en la modernidad tardía las teologías deben construir un discurso conciliador y al mismo tiempo colonizador de una parte de la narrativa de la ciencia. Lo mismo sucede con el derecho y las disciplinas jurídicas. La ciencia entonces no resulta aséptica, sino que se dispone atrapada entre los dos grandes discursos de la modernidad temprana, a saber, la teología y el derecho.

Esto es ilustrado de manera muy clara por la discusión sobre el estatuto ontológico del embrión[11]. Las posiciones en torno a la consideración ontológica y jurídica de las etapas iniciales del desarrollo de un embrión humano toman, en unas y otras posturas, el criterio biológico como eje decisivo para determinar la pertenencia a la comunidad humana, así como la consiguiente protección debida por el ordenamiento jurídico.

9 Rubio, Marcial. *El ser humano como persona natural. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XII*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992; Gonzales Mantilla, Gorki. *La consideración jurídica del embrión in vitro*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996; Fernández Sessarego, Carlos. «El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX». En *Bioética y biojurídica, la unidad de la vida*. Lima: Ediciones Jurídicas Unife, 2002, pp. 37-70; Espinoza, Juan. *Derecho de las personas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004; Parra, Ivonne. «Consideraciones biojurídicas sobre la vida en el embrión humano». *Dikayosine. Revista de Filosofía Práctica*, IX, 16 (2006), pp. 35-53.

10 Potter, Van Rensselaer. «Bioethics: The science of survival». *Perspectives in Biology and Medicine*, 14, 1 (1970), pp. 127-153.

11 Figueroa Yáñez, Gonzalo. «El comienzo de la vida humana. El embrión como persona y como sujeto de derecho». En Bergel, Salvador & Nelly Minyersky (coord.). *Bioética y Derecho*. Sante Fé: Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 283-311, p. 284.

Coinciden en esto la tesis de la fecundación (unión del óvulo y el espermatozoide y unión de los pronúcleos), la de la anidación, la del surco neural y estructuras del sistema nervioso, con sus variantes.

Si bien, a medida que se alejan del momento de la fecundación, las teorías buscan signos característicos de *humanidad*, toman para ello como punto de partida determinantes biológicos. De hecho, podría decirse que la tesis de la anidación y de la fecundación descansan exclusivamente en elementos de carácter fisiológico: en el caso de la anidación, el superar el estadio de totipotencia así como el mayor índice de pérdida en caso fuera un proceso fallido y, fundamentalmente, el contar con un medio apropiado e imprescindible para permitir la continuación del desarrollo mediante la interacción con la mujer (lo que no sucede en el caso de los embriones extra-uterinos).

Es interesante el razonamiento en la tesis de la fecundación o singamia[12], donde el carácter de humano y, por ende de sujeto de derecho, será atribuido exclusivamente en función de la presencia de ADN humano, independientemente de lo inexacta que puede resultar esta aseveración aun desde el punto de vista científico y de las escasas posibilidades fácticas de que un proceso de fecundación culmine en un nacimiento[13].

La defensa de la tesis del surco neural o rudimentos del sistema nervioso, en el debate que tuvo lugar con motivo del pedido de inconstitucionalidad de la reforma del Código Penal de México D.F.[14], grafica lo que se viene sosteniendo. La reforma consistió en que se consideraría «aborto» a la interrupción del embarazo a partir de la duodécima semana, sosteniendo como motivo principal para permitir la libre interrupción del embarazo en el primer trimestre que, al no estar desarrolladas las estructuras del sistema nervioso central que caracterizarían al ser humano como persona humana, el embrión debía ser protegido como bien jurídico valioso (la vida humana en formación), pero no como sujeto de derecho, no siendo reconocido como titular de deberes y derechos y cediendo por ende su vida ante los derechos de la mujer que decidiera interrumpir el embarazo en esta etapa:

> Debe tenerse presente que la vida y vida humana son conceptos y realidades diversos. Poseen vida los animales, las plantas, las bacterias, los óvulos y los espermatozoides, y desde luego, los seres humanos, pero vida humana la tienen solo estos últimos […] *El embrión no tiene*

12 Martínez, Stella Maris. «El estatuto ontológico del embrión». En Garay, Oscar (coord.). *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética y Jurídica, Civil y Penal*. Buenos Aires: La Ley, 2002.

13 Siverino Bavio, Paula. «Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: cuando los genes ganan y las personas pierden». *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 55. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 207; Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Bogotá: El Búho, 1998.

14 Corte Suprema de Justicia mexicana, 2007, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

> *las condiciones que particularizan al ser humano, en virtud de que carece de las estructuras, las conexiones y las funciones nerviosas necesarias para ello y desde luego es incapaz de sufrir o gozar. Biológicamente no puede considerarse un ser humano*[15].

¿Qué es lo importante de las referencias anteriores? Pues no se trata de tomar posición en debates específicos, sino de entender la importancia del contenido teórico de estas tensiones: en el fondo hay una batalla por determinar «el punto de inicio de la vida de la persona» y para determinarla se recurre a indicadores biológicos. La vida humana biologizada se busca en la unión de los gametos, en la anidación del cigoto o en la formación del embrión. El microscopio nos transporta a las profundidades de las estructuras físicas, a los cuerpos celulares que componen tejidos, pero ahí no radica la vida de las personas, sino solo la organización molecular de la vida de los vivientes y sus cuerpos. Vale la pena observar entonces cómo el derecho construye sus discursos sobre la vida. Y cómo en este devenir se enfrentarán, en el mismo campo de lo jurídico, aquellos dispositivos construidos sobre la vida del viviente y su soporte biológico, y la vida de la persona, reconocida en su libertad y su proyecto de vida.

III. MECANISMOS DE TUTELA Y DE CONTROL: ¿QUÉ VIDA PROTEGE EL DERECHO Y QUÉ PROTEGE EL DERECHO A LA VIDA?

El derecho no es un dispositivo aséptico, se trata de un campo cambiante y en cuya maquinaria se van escenificando las tensiones sociales. El concepto de persona en este terreno no escapa a estas tensiones y, por supuesto, que esté dispuesto en la maquinaria jurídica no quiere decir que esté separado de los debates de la teología, la ciencia formal, de la biología o de los valores sociales y de los dispositivos de poder.

Mientras que algunos han entendido que el derecho a la vida protege no solo el reconocimiento biológico, sino el tener condiciones dignas de existencia[16], buena parte de la doctrina ha entendido que el derecho a la vida protege la existencia[17]; o bien, que aun reconociendo que el derecho a la vida puede tutelar una realidad más compleja —corporeidad, psiquisimo y ser libertad del hombre—[18], la preservación de la existencia biológica, en cuanto sustrato material, es fundamental para definir

15 Carpizo, Jorge & Diego Valadés. *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 4-5; las cursivas son nuestras.

16 Espinoza, Juan. *Derecho de las personas*. Quinta edición. Lima: Rhodas, 2006, p. 195.

17 Cifuentes, Santos. *Derechos personalísimos*. Segunda edición. Buenos Aires: Astrea, 1995; Tobías, José. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. Buenos Aires: La Ley, 2009; Vila-Coro, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.

18 Fernández Sessarego, Carlos. *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Motivensa, 2009, p. 319.

por ejemplo, sus límites, su carácter de indisponible y la consolidación de sus derechos. Y esta existencia concreta será comprendida como subsistencia biológica, en la medida en que solo un ser humano vivo puede ser titular de deberes y derechos. «Varios derechos derivan del ser biológico viviente humano. Resguardan la materia natural del hombre, el componente infaltable del tránsito terrestre»[19].

Una sentencia paradigmática donde ello se expresa con claridad es la sentencia del presente en el expediente número 02005-2009 PA/TC «ONG Acción de Lucha Anticorrupción» de noviembre de 2009 del Tribunal Constitucional peruano:

> [...] [la dignidad] supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida y constituye su proyección, es el de mayor connotación y el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos[20].

Esta sentencia es particularmente interesante, ya que el punto central de la demanda consistía en determinar a qué entidad biológica, en qué momento del desarrollo embrionario de un nuevo ser vivo humano, se le atribuiría a este el carácter de sujeto de derecho. La cuestión requerirá, para los jueces, esclarecer el contenido del artículo 1 del Código Civil, el cual enuncia: «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo»[21].

Aquí el ordenamiento peruano introduce una relación de género a especie entre los distintos tipos de sujetos de derecho. Así, en cuanto al ser humano individualmente considerado, se llamará «persona» al ser humano ya nacido y «concebido» al ser humano antes del nacimiento. Resulta clave establecer cuál será el punto de partida de su condición legal, y para ello la referencia es biológica: «concebido» será el producto de la concepción. Y los jueces se responderán que la concepción se identifica con la unión del óvulo con el espermatozoide (teoría de la fecundación), por ende, aquella célula surgida de la fusión de los gametos sexuales será un nuevo ser humano (un viviente humano) y un nuevo sujeto de derecho (la vida de una persona), idéntico en su entidad y reconocimiento legal a un niño o un adulto.

Pero es además curiosa la mención al inicio de la vida. El Código Civil dice «la vida humana comienza con la concepción». Ello llevará a los jueces a preguntarse, como una cuestión central, cuándo inicia la vida.

19 Cifuentes, Santos. Ob. cit., p. 231.
20 Sentencia del Tribunal Constitucional número 01535-2006-PA, fundamento 83.
21 Código Civil peruano, artículo 1.

Como si esta fuera una pregunta a ser respondida por el derecho o la biología. La vida es un proceso que se transmite, sin embargo, el Tribunal entiende que es fundamental entender cuándo empezaría la vida, pese a no remitirse para ello a las teorías sobre el origen del universo y la materia orgánica. Luego dirá que interesa ver cuándo inicia la vida de un nuevo ser humano, y fijará este momento en el inicio del proceso de fecundación, por entender que la configuración del genoma es suficiente para otorgar a esta entidad la condición de sujeto de derecho, dotado de dignidad y derechos. La personalidad jurídica iniciará entonces antes que sea posible saber si el proceso embriológico no resultó fallido; antes de poder determinar si se trata de un solo sujeto o más, en caso fueran gemelos; antes de que esta entidad «humana» tenga un cuerpo o siquiera un rudimento corpóreo. La atribución de deberes y derechos, entre ellos la inviolabilidad de la vida, quedará garantizada con la aparición del código genético, que será tomado como punto de partida en la medida en que este código marcaría el inicio de un nuevo ser vivo[22].

Esto es dicho claramente por el juez de primera instancia, quien apoya la misma tesis por ser «la que asume la defensa de la vida desde el momento de la fecundación». Vida biológica que antecede incluso al ser viviente, que, aunque ya investido de su calidad de sujeto de derecho, tiene un altísimo porcentaje de probabilidades de no lograr avanzar en su desarrollo.

El derecho a la vida así entendido protegería entonces la promesa, el halo vital de la existencia biológica, y ello llega al extremo de proteger una vida desprovista de un cuerpo y una biografía, pero investida de personalidad jurídica, donde el rasgo de humanidad descansa en el código genético (compartido, e indiferenciado en esta etapa, con la placenta, el cordón umbilical, etcétera), al cual se le atribuye un alto carácter simbólico.

Esta tesis, sostenida por el Tribunal, va incluso más allá de la existencia misma de la vida biológica situada en un viviente, retrocediendo hasta la mera promesa o expectativa de esta vida. Ello se ve en las sentencias que, al abordar la cuestión de los embriones congelados, determinan la calidad de sujetos de derechos de los mismos, de modo tal que esta potencial vida biológica, que aún no ha tenido la ocasión de devenir ni biológicamente viable (una *vida* situada en ser viviente), ni mucho menos, vida biográfica, será considerada incluso «superior» a los derechos de otros sujetos, en el caso, los de sus progenitores genéticos, en más de una sentencia sobre fecundación *in vitro*.

Así, en el Perú en el año 2009, una jueza de primera instancia conminó a una pareja que había tenido una hija por un proceso *in vitro* con

22 Tobías, José. Ob. cit., p. 33.

maternidad subrogada a que, por sí o por terceros, gestaran los tres embriones congelados producto de esta *in vitro*, ya que tenían la obligación de «hacer efectivo su derecho a la vida», bajo apercibimiento de sancionarlos, declararlos en abandono y darlos en adopción[23].

En un similar orden de ideas, en la Argentina, en el año 2011, se le reconoció a una mujer que estaba divorciándose el derecho, en su calidad de *madre* de los embriones congelados, de poder transferirlos a su vientre para intentar quedar embarazada, en contra del reclamo de su ex esposo que solicitaba su destrucción por negarse a devenir nuevamente padre cuando había ya finalizado su relación (su proyecto) marital:

> Se impone, una interpretación del elemento gramatical —humanista y finalista— acorde con la evolución de los avances científicos y congruente con el pensamiento del codificador de tutela de la vida humana (arg. arts. 63, 70, 72, 75 Cód. Civil), superadora de una antinomia manifiestamente discriminatoria que diferenciara la situación del concebido según el diverso lugar en que se produce el contacto fertilizante de las células germinales […]
>
> Puede contestarse con la elemental consideración que el concepto de «persona humana» equivale a la de «ser humano», cuyo proceso existencial abierto comienza, no con el nacimiento sino con la concepción, terminando con la muerte […]
>
> Ello involucra al concebido «in vitro» en virtud de su sustantividad humana que la biología le reconoce desde el momento en que se produce la concepción, idéntica a la del concebido en el seno materno.

La frase del penúltimo pasaje de la cita es fundamental: «el concepto de persona humana equivale a la de ser humano», pues esa es la ecuación que es necesario poner en discusión y el centro de este artículo. Así, esta forma de entender la «vida» eje de protección del sistema jurídico aparece como una vida biologizada, naturalizada, anclada al ADN, depositario último de saberes, expectativas y certezas. Sostener que el derecho a la vida protege la existencia, sobre todo si esta existencia es meramente biológica, lleva a una concepción casi parasitaria del individuo que debe sostener este valor biológico superior a sí mismo, a su biografía, su identidad, su humanidad misma, en razón de que es el antecedente material que lo soporta, desconociendo las condiciones de humanidad que le dan sentido a esta existencia, que no solo es biología sino fundamentalmente biografía.

Y es justamente este el punto de la discusión, pues el debate sobre la vida y el viviente, no resulta un elemento de descubrimientos trascendentes,

23 Caso C.M.S.E. c/ J.L.A. de O. y otro s/ impugnación de la maternidad. Décimo quinto juzgado de familia de Lima, 2009.

sino, más bien, el reconocimiento de acuerdos políticos y negociaciones sobre estos conceptos. Existe un ideario social, una necesidad latente y compartida de buscar en la ley certezas, cuando lo que cabe esperar de ella, por su misma finalidad y carácter, son solamente acuerdos.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA ANTE LA MUERTE Y EL MORIR

Si se tomara como cierto que la «vida» que protege el derecho es la existencia biológica (la vida del viviente), ¿qué sucede entonces con la consideración del proceso de morir y de la muerte? Legalmente se considera a la muerte un «hecho natural con efectos jurídicos», donde la referencia a «lo natural» evoca nuevamente este anclaje biológico que pretende desconocer que:

> [La] muerte no es ni ha sido nunca un hecho «natural» simple y unívoco, sino un complejísimo fenómeno «cultural»; es una creación del hombre. Esto se advierte muy bien al formular una pregunta tan simple como la de cuándo esta muerto un ser humano. La única respuesta indudable es que el hombre está muerto cuando el cuerpo se descompone. La corrupción orgánica es el único signo cierto de muerte. Ahora bien, este hecho biológico nunca ha sido culturalmente asumible[24].

Prueba de ello es que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, descartada la figura de la muerte civil, conviven al menos tres definiciones de muerte: la muerte cardiopulmonar, la muerte encefálica o cerebral y la muerte presunta. En el caso peruano, las dos primeras se encuentran en la ley de trasplantes de órganos: «Se considera muerte para este Reglamento el cese irreversible de la función encefálica o la función cardiorespiratoria de acuerdo a los protocolos que se presenten en este Reglamento […]»[25]. «Se considera muerte encefálica al cese irreversible de las funciones del tronco encefálico cuyo protocolo de diagnóstico se establece en los artículos 7 y 8 […]»[26].

Estas disposiciones son compartidas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, y en relación con la constatación de la muerte, debe tenerse en cuenta que:

> Desde el punto de vista conceptual la determinación de la muerte no es una constatación empírica desarrollada incluso con el auxilio de medios técnicos sofisticados. Ni siquiera se trata de un juicio de valor. Más precisamente la verificación de la muerte es una deducción teórica a partir de unos hechos. La confirmación de la muerte se coloca,

24 Gracia, Diego. Ob. cit., p. 268.
25 Artículo 3 Dec. Regl. 014-2005-SA.
26 Artículo 4 Dec. Regl. 014-2005-SA.

> por lo tanto, en un nivel metaempírico, que es el de la interpretación de los hechos[27].

La muerte marca, para el derecho, el fin de la persona, pero para poder establecer el ámbito de potestades del sujeto que se encuentra en el tránsito final de su vida biológica, debe además contemplarse lo que prevé la norma en cuanto a los márgenes de disposición del propio cuerpo, así como las pautas sobre la disponibilidad o no del derecho a la vida y a la integridad. A este respecto el Código Civil peruano señala:

> El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6[28].

> Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son validos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios[29].

El escenario para reflexionar sobre el valor de la voluntad del enfermo y la procedencia o no de ciertos tratamientos médicos en el final de la vida será demarcado entonces por el principio de la irrenunciabilidad o indisponibilidad de la vida y la integridad, el principio de necesidad terapéutica y el contenido del derecho a la vida. Cómo se evaluarán aquellas conductas relacionadas con las llamadas «medidas fútiles», la limitación del esfuerzo terapéutico en personas conscientes o inconscientes, las directivas anticipadas de tratamiento médico y la eutanasia, dependerá, en buena medida, de aquello que se considere que protege el derecho a la vida: si la vida biológica, o bien una vida, que sin negar su sustento material biológico, es fundamentalmente, en cuanto vida de la persona, vida biográfica. La misma cuestión de la irrenunciabilidad del derecho a la vida y su limitación voluntaria está sujeta a esta discusión.

Así, por ejemplo, hay una marcada distinción entre aquellos que consideran que el suspender tratamientos de soporte vital en un sujeto que lleva varios años en estado vegetativo persistente es «eutanasia pasiva» —para algunos regulable legalmente, para otros prohibida—[30] y quienes ven en esta conducta un ejercicio del derecho a la integridad:

27 Aramini, Michele. *Introducción a la bioética.* Bogotá: San Pablo, 2007, p. 306.
28 Código Civil, artículo 5.
29 Código Civil, artículo 6.
30 Carpizo, Jorge & Diego Valadés. Ob. cit., pp. 107-132.

la limitación del esfuerzo terapéutico[31]. Lo mismo podría decirse del no iniciar medidas consideradas fútiles, como pueden ser medidas se soporte vital, maniobras de reanimación u otros tratamientos, en pacientes que no van a experimentar ninguna mejoría en caso de ser sometidos a estas medidas o tratamientos, sino que, por el contrario, van a ver mermada la calidad de su tiempo de vida y su dignidad. Algo similar ocurre con el reconocimiento legal de las directivas anticipadas de tratamiento médico, también llamadas *living will*, o declaraciones vitales de voluntad[32].

La renuencia, o el abierto rechazo, de numerosos ordenamientos jurídicos como es el caso del Perú, a aceptar estos documentos, en los que queda expresada la voluntad del sujeto de no aceptar tratamientos desproporcionados o extraordinarios conforme las circunstancias, y/o nombrar un representante para tomar las decisiones médicas que hiciera falta en caso de perder el discernimiento, expresa la dificultad, tanto del sistema sanitario cuanto del jurídico, de aceptar que el proyecto vital de un sujeto puede llegar hasta la disposición misma de las condiciones de su proceso de muerte.

Desde lo jurídico se sostiene que estas disposiciones serían inválidas, al menos hasta no ser puntualmente reguladas por una vía legislativa expresa, porque el sujeto carecería de la posibilidad de decidir sobre el «adelantamiento» de la propia muerte; sobre todo si se encuentra inconsciente y esta decisión es subrogada. Desde el espacio sanitario, para muchos profesionales de la salud, formados aún en un modelo mecanicista y que consideran ya no a la enfermedad, sino a la misma muerte, un enemigo a vencer, la vida debe preservarse ante todo, aún en contra de la voluntad del paciente. Como advierte Gracia: «La tesis médica clásica ha sido que el médico no debe nunca abandonar a su paciente y que por lo tanto, debe seguir intentándolo todo mientras quede el más mínimo resquicio de vida. "Mientras hay vida hay esperanza", dice el refrán castellano, por lo tanto ninguna intervención puede considerarse en principio fútil o inútil»[33].

Siendo la visión generalizada en el Perú que el derecho a la vida protege la vida biológica, y que tanto la vida como la integridad corporal son indisponibles, existe una tendencia a la incertidumbre de los profesionales de la salud en los procesos de toma de decisiones al final de la vida de sus pacientes. Y se han verificado situaciones problemáticas, sea porque las decisiones de limitar el tratamiento se adoptan sin ser consultadas con

31 Blanco, Luis Guillermo. «Homicidio piadoso consentido». En Tealdi, Juan Carlos (dir.). *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Bogotá: Unesco/Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética/ Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 503-506, p. 504; Gracia, Diego. Ob. cit., p. 266.

32 Rabinovich Berkman, Ricardo. *Actos jurídicos y documentos biomédicos*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 339.

33 Gracia, Diego. Ob. cit., p. 257.

la familia o el enfermo por entender que se estaría realizando una acción irregular (lo cual es ilícito); o bien, que aun cuando el enfermo y/o la familia soliciten el no adoptar medidas fútiles —lo que amén de ser un ejercicio regular de la profesión es un comportamiento contemplado en el Código de Ética Médica— los médicos las aplican o no las suspendan por entender, erróneamente, que hacerlo sería una conducta eutanásica. Otra situación se da cuando el enfermo solicita no iniciar o suspender medidas fútiles, y algún miembro de la familia se opone. Allí, el médico no considera la decisión del paciente por temor a ser demandado y procesado civil y penalmente por los familiares luego del deceso del paciente.

Para la ley, la muerte es un hecho que pone fin a la persona como sujeto de derechos, por lo tanto, el permitir, adelantar o propiciar la muerte implica no solo la extinción de un ser viviente, sino la de un sujeto de derecho. Y es allí donde la supervivencia de la «personalidad jurídica» pareciera enfrentarse al ser humano que la aloja, en la encrucijada de un cuerpo sufriente, un cuerpo que será interdicto, sustraído al individuo por la ley, en aras de su protección. Al ubicar a la persona en un cuerpo biológico y al construir derechos de defensa de la vida biológica universal es que los derechos quedan imbricados a la biología y al cuerpo como entidades de control, supervisión y tutela.

En definitiva, en esta visión prima la defensa de una vida biológica anclada a un cuerpo que la sostiene, pero que en el cuerpo sufriente, agonizante, lo trasciende reclamando ser protegida aun a instancias de la persona que la aloja sin poder tomar decisión sobre ella y a la cual solo le cabe esperar la llegada de la muerte «natural». Ello considerando además la paradoja de que nada hay de «natural» en la muerte intervenida.

Desde el extremo contrario a esta posición, partiendo de la noción biográfica, identitaria, del sujeto, que experimentará como punto culminante de su vida la propia muerte, se admite que en una sociedad democrática se debe reconocer un margen de decisión al individuo que tarde o temprano enfrentará el tránsito hacia la muerte. En ese sentido se ha sostenido que:

> [...] el proceso de morir, la *tanasía* —que no es el *tánatos*, la muerte, como muchos equivocadamente creen, y constituye algo muy distinto—, es un segmento con identidad propia, irrepetible por definición, dentro de la existencia. Las declaraciones vitales de voluntad apuntan a incorporarlo jurídicamente dentro del proyecto de autoconstrucción del sujeto, permitiéndolo controlar su suerte, dentro de la medida en que a los humanos nos es deferida, hasta los momentos postreros[34].

34 Rabinovich Berkman, Ricardo. Ob. cit., p. 340.

¿Qué maneras de ver la vida se disponen tras estos debates? Para unos la vida es la vida digna (la vida de la persona), para otros esta vida está constreñida a un cuerpo biológico que obedece al control de instancias supremas al propio sujeto (la vida del viviente biológico). El debate de fondo es la consideración sobre la relación entre la vida de la persona y la vida del viviente y la manera en la que la estructura del segundo dispone la posibilidad de autonomía del primero.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Primero. Hay una diferencia clara entre la vida de la persona y la vida biológica del viviente humano. Es evidencia de ello que la construcción de la ecuación entre estos dos elementos ha sido relativamente reciente (mediados del siglo XX) y que ha anclado la construcción de la vida de la persona, como construcción de derechos, a los dispositivos biológicos e indicadores biomédicos. Esta ecuación ha generado que se busque en los indicadores biomédicos los orígenes de la vida de la persona y que, en algunos casos, los derechos del sujeto que decide estén anudados al movimiento celular de los cuerpos.

Segundo. Los debates bioéticos sobre diversos temas (entre ellos la fecundación *in vitro*, el asunto de la interrupción del embarazo, la ovodonación, la eutanasia) aparecen dentro de la construcción de la ecuación indicada. La vida de la persona de derechos aparece constreñida por la vida del viviente biológico que es regulado por los dispositivos formales del derecho y por el discurso de la naturaleza. ¿Qué es lo importante de esto?, que la regulación sobre estas definiciones no está marcada por dispositivos que emanan de la naturaleza, sino por los conceptos en construcción y las fuerzas políticas (biopolítica) que las producen. Es entonces importante entender que no se trata de buscar certezas en las disposiciones del derecho, sino acuerdos y arreglos institucionales sobre conceptos coyunturales.

Tercero. El derecho a la vida aparece como un eje fundamental de la construcción de los derechos humanos. En efecto, como su centro de ordenamiento. Sin embargo, el derecho a la vida de la persona y el derecho a la vida del viviente aparecen en colisión constante en los asuntos bioéticos. ¿Cómo determinar la superioridad de uno? ¿Cuáles son los puntos límites de esta colisión? Lo importante es entender que la construcción de este derecho aparece con una tensión de origen y, por lo tanto, con acuerdos institucionales que aún están en proceso de negociación y construcción.

Recibido: 25/07/2012
Aprobado: 17/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 99-112
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia

Bioethics and law for what and whom? Discussions about the Regulation of assisted reproductive techniques in Colombia

XIMENA RINCÓN CASTELLANOS*

Resumen: Las recientes preocupaciones por la regulación normativa de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) suscitan especialmente discusiones sobre cómo administrar los embriones, cuántas veces usar una muestra, cómo definir la filiación, entre otros. Sin embargo, no se ha cuestionado directamente a quienes estaría amparándose con estas regulaciones y cuál sería su contribución a la equidad social y al desarrollo de todo un país, pues la urgencia de salvaguardar los derechos sexuales y reproductivos —marco teórico invocado para exigir la regulación de las TRHA— debe apuntar necesariamente a la consecución de una sociedad menos desigual.

El análisis propuesto será abordado a partir del caso de la aplicación de las TRHA para la maternidad subrogada en Colombia. En el artículo se presenta inicialmente el contexto en el cual se pretende la regulación de la maternidad sustitutiva, revisando algunos aportes conceptuales y empíricos de Michael Sandel sobre las tendencias de la maternidad subrogada entre los países «desarrollados» y los del «tercer mundo», para luego ver los perfiles de fecundidad en Colombia, como una muestra de la inequidad existente en el país.

Posteriormente, se hará una aproximación al debate jurídico existente en el país, a partir del único caso de maternidad sustitutiva resuelto por la Corte Constitucional Colombiana y los proyectos de ley que han sido presentados en el país como intentos de regulación de esta materia. Finalmente, se llevarán a cabo algunas reflexiones y discusiones sobre la regulación normativa de las TRHA y la gestación sustitutiva, para que el derecho opere como verdadera correa de transmisión de variados intereses sociales[1], es decir, que conduzca más bien hacia el bien común, la solidaridad y la cooperación, y no actúe como un simple regulador que asegure el cumplimiento de los contratos.

* Investigadora del Grupo de Investigación Filosofía Moral y Política del Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana y del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Bogotá (Colombia). Abogada y magistra en Política Social. Correo electrónico: xrincon@javeriana.edu.co

1 El concepto de derecho como correa de transmisión de los intereses sociales ha sido desarrollado por el maestro Guillermo Hoyos Vásquez, quien plantea que el derecho de hoy debe ser en sí mismo la política, es decir, el derecho como deliberación y negociación sin exclusión de actores sociales. De este modo, el diálogo social, eminentemente político, asume la forma jurídica para asegurar su cumplimiento, sin quitarle su esencia política. Esta idea ha sido presentada en varias conferencias, entre ellas en la Lección Inaugural del Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana en Bogotá (agosto de 2011).

***Palabras clave*:** derechos sexuales y reproductivos – bien común – técnicas de reproducción humana asistida – maternidad subrogada – equidad social

Summary: The recent concern for the normative regulation of assisted reproduction techniques (ART), raises discussions about how to manage the embryos, how many times to use a sample, how to define parenthood, and other issues. However, it has not been questioned who would be favoured with these regulations and what is their contribution to social equity and development for an entire country. Considering that the urgency to guarantee the sexual and reproductive rights —theoretical framework invoked to require ART— should be aimed at reaching a fair society.

The proposed analysis will be undertaken considering the case of applying the ART for surrogate mothers in Colombia. The paper presents the context in which it is intended to apply the normative regulation, alongside the review of some conceptual and empirical contributions by Michael Sandel concerning trends in surrogate motherhood among «developed» and «third world» countries. This should allow considering the profiles of fertility in Colombia as a sign of inequality in our country.

Subsequently, we will approach the current legal discussion in Colombia concerning surrogate motherhood, from the only case of surrogate motherhood resolved by the Colombian Constitutional Court and the bill projects presented in the Colombian Congress to regulate this issue. Finally, we will present some reflections and discussion on the normative regulation of the ART and surrogate gestation, and the law as a transmission belt of varied interests, that is, that it ought to lead to common good, solidarity and cooperation, and not simply function as a regulator that ensures the fulfilment of contracts.

***Keywords*:** sexual and reproductive human rights – common good – assisted reproductive techniques – surrogate motherhood – social equity

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CONTEXTO PARA LA REGULACIÓN DE LAS TRHA Y LA GESTACIÓN SUSTITUTIVA.– III. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA MATERNIDAD SUSTITUTIVA.– IV. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN SUSTITUTIVA EN COLOMBIA.– V. ALGUNAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA EL BIEN COMÚN.– VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto y reto de la bioética y el derecho suelen ubicarse en el establecimiento de los límites del desarrollo científico y tecnológico en la manipulación y administración del cuerpo humano. En la publicación *El Correo de la Unesco* del último trimestre de 2011, Salvador Bergel afirmó que «la bioética está llamada a intervenir para establecer un justo y difícil equilibrio entre el progreso de la investigación médica y el respeto de la vida humana»[2]. Sin embargo, tras documentos como la

2 BERGEL, Salvador. «Bioética: desafíos inesperados». *El Correo de la Unesco*, 4 (2011), p. 39.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, las pretensiones son aun mayores. La bioética ya no solo debe ocuparse de cuestiones clínicas e individuales, sino que debe buscar articular estas discusiones con el camino hacia una sociedad más justa en la que se promuevan principios esenciales para la convivencia social, entendiendo de este modo el desarrollo.

Uno de estos principios se encuentra en el artículo 13 de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. De acuerdo con este instrumento, un principio de la bioética es el fomento de la solidaridad y la cooperación, por tanto, en los procesos de juridización de un asunto concerniente a la bioética, debería preguntarse cómo fortalece el bien común y cómo promueve principios como la solidaridad y la cooperación, de tal forma que incorpore el mayor numero de intereses sociales posible y busque siempre proteger al más débil o a ciudadanos en situación de desventaja.

Para reflexionar en torno a la bioética y el derecho en conexión con el bien común, es imprescindible incorporar elementos que describan el contexto social y la realidad de los países y de los ciudadanos que forman parte de la situación que se pretende regular, no basta con cuantificar y poner sobre la mesa los elementos clínicos, los cuales son muy valiosos, pero que deben ser complementados con una mirada más integral si lo que se quiere es una sociedad más justa.

II. EL CONTEXTO PARA LA REGULACIÓN DE LAS TRHA Y LA GESTACIÓN SUSTITUTIVA

Michael Sandel relata en su libro *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, que debido a los precios elevados que en los últimos años ha tenido la gestación sustitutiva en Estados Unidos, dada la creciente demanda de estos «servicios», las gestantes reciben entre U$20 000 y U$25 000 por cada embarazo, es decir, entre 36 y 45 millones de pesos colombianos. A esta cantidad de dinero se suman los costos clínicos de los procedimientos de fecundación, con los cuales la suma total puede ascender a U$80 000[3].

Con estos costos tan altos, las parejas acuden a opciones más económicas que se encuentran con extranjeras en precarias condiciones económicas y en general con hijos. Sandel se refiere en su libro a la situación de la India, país que legalizó la subrogación comercial de la maternidad en 2002 y señala que Anand es la ciudad de la India con más mujeres que ejercen como madres sustitutas de parejas de países como Estados Unidos, Taiwán, Gran Bretaña, entre otros. Estas mujeres ganan por la gestación sustituta entre U$ 4500 y U$ 7500, es decir, la cuarta parte

3 SANDEL, Michael. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Barcelona: Debate, 2011, p. 118.

de lo que cobraría una mujer en los países de origen de las parejas. El costo es bajo en la India, porque estas mujeres suelen recibir salarios mensuales de U$25, por tanto, el pago que perciben en nueve meses resulta muy atractivo, especialmente para sufragar las necesidades de sus hijos. Es un dinero que en la mayoría de los casos no es para las mujeres, sino para atender las necesidades de sus niños.

En Colombia, no hay una regulación que prohíba o permita esta práctica, sin embargo, es muy sencillo encontrar avisos en la Internet de oferta y demanda de servicios de subrogación de maternidad, cuyo costo oscila entre 5 y 15 millones de pesos. En la página web Galeon.com, una mujer colombiana publicó un aviso que dice: «estoy muy interesada en obtener información sobre "alquiler de vientre". Pues tengo problemas de fertilidad y con mi esposo nos enteramos que existía esta posibilidad, pero no sabemos mucho al respecto. Vivo en Bogotá, Colombia. Le agradezco toda la información que me pueda dar al respecto: procedimiento, precio, etcétera». Las respuestas a esta publicación son varias, entre ellas: «Hola, soy peruana 25 años y aunque no he tenido hijos estoy dispuesta a alquilar mi vientre, soy persona seria, no tengo vicios, de tez blanca. El precio que pido es de 10 000 dólares pero conversando podemos llegar a un buen acuerdo»[4]. Incluso, los mismos centros de fertilidad actúan como mediadoras entre la pareja y las mujeres que serán gestantes, como lo veremos más adelante en el caso que estudió y resolvió la Corte Constitucional colombiana.

La maternidad sustitutiva es una práctica que se consolida día a día como mercado, se rige por las reglas de la oferta más económica y encuentra en las mujeres con escasos recursos y con hijos, las candidatas más adecuadas para obtener el mismo objetivo, pero a más bajo costo.

Ahora bien, si quisiéramos pasar la reflexión a un escenario más general del país (Colombia), sugiero la revisión del comportamiento de la fecundidad en Colombia y de cómo, a partir de este, se evidencia la reproducción de la inequidad para que el país, además de pretender la reglamentación de la práctica de la gestación sustitutiva, reflexione sobre los nacimientos no deseados que se presentan en los sectores más pobres de la población, cuyos derechos sexuales y reproductivos no están siendo garantizados.

Una fuente ampliamente conocida en Colombia en asuntos de derechos reproductivos, y específicamente en lo relacionado con el comportamiento de la fecundidad, es la *Encuesta nacional de demografía y salud* realizada por Profamilia[5]. La encuesta más reciente corresponde

4 Ver http://foro.galeon.com/alquiler_de_vientres_para_tene/6603/651136/m/urgente-busco-alquiler-de-vientre/

5 Profamilia es una organización privada especializada en salud sexual y reproductiva que ofrece servicios médicos y promueve la educación sexual en Colombia.

al año 2010 y estableció que la tasa global de fecundidad (TGF)[6] es de 2,1, continuando con la tendencia decreciente, dado que en el 2000 la TGF fue de 2,6 y en el 2005 de 2,4. Sin embargo, esta tendencia es variable si se estudia la información por grupo de edad, escolaridad y estrato socioeconómico.

A mayor educación, menor es la fecundidad con una diferencia de casi tres hijos entre las mujeres sin educación y aquellas con educación superior. En todos los otros grupos de educación, la fecundidad o baja solo un poco (sin educación primaria y secundaria) o sigue igual (superior) entre 2010 y 2005[7].

Pese a que el comportamiento general de la fecundidad es decreciente, «de 1990 a 1995, la tasa de fecundidad en adolescentes pasó de 70 a 89 nacimientos por cada mil mujeres entre los 15 y los 19 años, con incrementos del 19% en las zonas urbanas y del 47% en las rurales»[8]. Para la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2010, se registra un leve descenso, sin embargo, sigue siendo una constante que las adolescentes con un mayor número de hijos se encuentran en los sectores con menor goce de derechos económicos sociales y culturales o estrato socioeconómico bajo y en las zonas rurales.

La encuesta también menciona que en el año 2005 el grupo de edad con la mayor tasa de fecundidad (132 nacimientos por mil mujeres) era el de 20 a 24 años, seguido por el de 25 a 29 años de edad. El gráfico 1 ilustra con más detalle la situación de la fecundidad en Colombia.

Por su parte, la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva de 2003, que aún permanece vigente, reconoce que la tasa de fecundidad observada en Colombia era de 2,4, mientras que la tasa de fecundidad deseada era de 1,7 hijos, es decir, *casi la mitad del millón de nacimientos anuales en el país no habían sido deseados*[9].

Esta situación de embarazos no deseados entre la población con mayores vulneraciones de derechos económicos, sociales y culturales, como lo son los sectores pobres de las ciudades y las zonas rurales, es una de las tantas expresiones de la situación de inequidad de la sociedad colombiana y que evidencia la violación de los derechos sexuales y reproductivos de muchas ciudadanas. Por tanto, reflexionar en torno a la regulación de las técnicas de reproducción asistida en el terreno de los derechos sexuales y reproductivos y en una asociación política con pretensiones

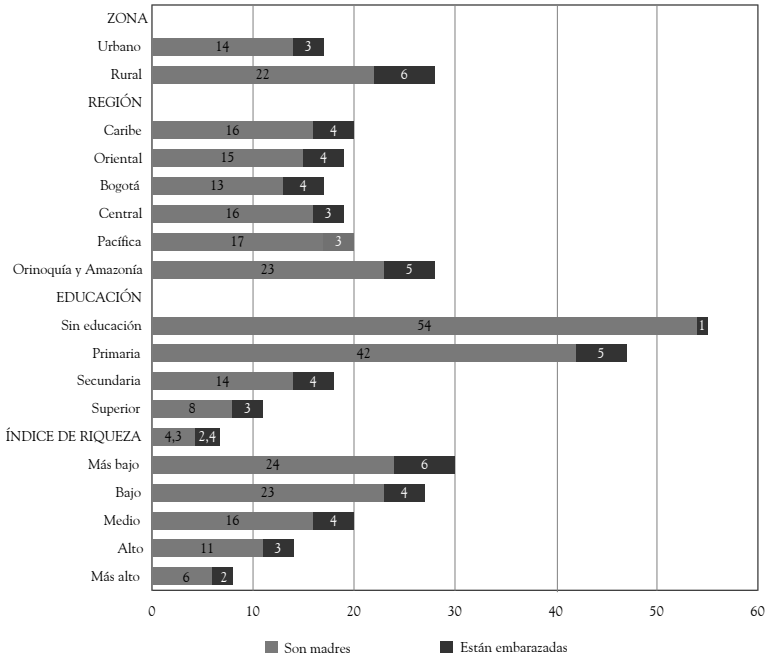
6 La tasa global de fecundidad corresponde al número de nacimientos por mujer.

7 Profamilia. *Encuesta nacional de demografía y salud*. Bogotá, 2010, p. 109.

8 Serrano Amaya, José & otros. *Panorama sobre derechos sexuales y reproductivos y políticas públicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, 2010, p. 57.

9 Ver ibídem, p. 58

Gráfico 1. Embarazo adolescente en Colombia por zona de residencia, educación e índice de riqueza en Colombia para el año 2010



de democracia sustantiva[10], y anhelos de desarrollo, no debería excluir del debate público-jurídico esta realidad.

III. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA MATERNIDAD SUSTITUTIVA

La Corte Constitucional ha establecido que la regulación y garantía de los derechos sexuales y reproductivos deben proteger especialmente a la mujer y además deben contribuir a la justicia social. La Corte desde la sentencia T-605 de 2007, indicó que «los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, razón por la cual una adecuada atención en salud reproductiva se torna como elemento clave en la construcción de equidad social».

10 El concepto de democracia sustantiva ha sido desarrollado por Boaventura de Sousa Santos, en el sentido que ya no basta la existencia de instituciones y procedimientos con pretensiones de imparcialidad y neutralidad, sino que una verdadera democracia transforma las dinámicas sociales «abismales» o excluyentes, para la emancipación y la libertad de las poblaciones excluidas e invisibilizadas.

Esta referencia constitucional es importante para reforzar la tesis de este escrito que pretende una reflexión bioética incorporando la idea de un impacto más amplio en términos de bien común y equidad social, especialmente a la hora de pensar en la juridización de derechos sexuales y reproductivos en distintos escenarios, en este caso, en el escenario de las TRHA.

En el año 2010, la Corte Constitucional resolvió un caso en el que una mujer colombiana llamada Sarai[11], residente del municipio de Vijes del Valle del Cauca, con precarias condiciones económicas y madre de una niña de cinco años, accedió a una fecundación *in vitro* con óvulo y esperma de una pareja residente en Estados Unidos y conformada por un colombiano (Salomón) y una dominicana (esposa). El director del programa de fertilización *in vitro* del Centro de Reproducción Asistida Fecundar fue quien los puso en contacto. Esta implantación no tuvo éxito.

Posteriormente, Salomón inició una relación amorosa con Sarai y tras algunas semanas le propuso la fertilización con sus propios óvulos. La mujer accedió bajo la promesa de una buena posición económica. En marzo de 2006 nacieron los gemelos. Luego, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo retiró la custodia de la madre porque los niños padecían una grave afección gripal, dado que vivían al lado de un horno de cal. La custodia fue concedida a la tía paterna. Tras esta decisión, la madre cambió su residencia a la ciudad de Cali. El padre solicitó la custodia y permiso para salida del país de los gemelos, el cual fue concedido por un Juez de Familia con los siguientes argumentos:

- La madre incumplió con el contrato verbal de entregar a los gemelos.
- Las condiciones de vida de los gemelos al lado de su madre no eran las adecuadas.
- «Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado»[12].
- El padre tiene un mejor derecho porque fue él quien busco la concepción de los gemelos.

Este fallo es una muestra de la visión tradicional y acrítica de la situación que rodea los casos de la maternidad subrogada. Parte de considerar que la maternidad subrogada es un contrato civil como cualquier otro cuyo

11 Este nombre es un seudónimo dado por la Corte Constitucional para proteger el derecho a la intimidad de las personas involucradas en el caso.

12 Sentencia T-968 de 2009, MP. María Victoria Calle, p. 7.

objeto es un inmueble o mueble; refuerza la condición de vulnerabilidad de la mujer por dos razones: i) la conciben como un simple medio para la procreación, y ii) dado que se trata de una mujer «pobre», utiliza esta condición como argumento para negarle protección jurídica, justificando la idea de que los potenciales padres ricos, es decir los proveniente de países o sectores «desarrollados», siempre tendrán mejor derecho sobre los padres de los países o sectores «pobres». Reproduciendo las actuales condiciones de inequidad social a las cuales se ha hecho referencia.

Como respuesta al fallo judicial señalado, la madre gestante presentó un escrito con afirmaciones de gran relevancia, del cual se transcribe a continuación algunos apartes, dado que en las discusiones parlamentarias y gubernamentales, la voz de las madres gestantes suele ser la menos escuchada:

> Cómo es posible que el señor JUEZ en su Sentencia manifieste que la señora SARAI «era consciente que al nacer los niños los debía entregar al padre de los mismos, pero se apegó a ellos a pesar de que tenía ya otra hija» (página 12 parágrafo 2 de la Sentencia), afirmación que considero injusta partiendo del hecho de [*sic*] como Juez sabe que dicho contrato es ATIPICO en nuestra legislación además el señor Juez se refiere a la señora SARAI como si ella no tuviera sentimientos o sea peor que un animal porque [*sic*] hasta los animales después de tener a sus crías las cuidan hasta que ellas se defienden solas […]
>
> Otra situación planteada por el señor JUEZ en la Sentencia que considero injusta es cuando él mismo manifiesta que la «ciudad de Cali, es peligrosa, no hay fuentes de empleo, la gente es pobre pasa demasiadas necesidades, estudiar se ha vuelto una odisea, hay problemas de drogadicción y prostitución, hay delincuencia en todos los órdenes de la sociedad, narcotráfico etcétera, en otras palabras es difícil levantar familia en esta ciudad ante los innumerables problemas que nos rodean…» (Tomado textualmente de la sentencia), cómo es posible que todo un Juez de la República se exprese de esta forma de la ciudad donde habita […]. Señores Magistrados es muy doloroso la manifestado por el señor JUEZ DÉCIMO DE FAMILIA cuando manifiesta que es muy difícil ser profesional y tener buenos valores en nuestro país[13].

La Corte Constitucional consideró, en primer lugar, que las condiciones de pobreza no son razón suficiente para separar a los niños de su familia. Con relación a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente en casos de maternidad sustitutiva, no es una práctica que esté prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano en virtud del artículo 42 de la Constitución Política que establece: «Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados

13 L. cit.

naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes». Incluso, los centros de Medicina reproductiva recomiendan esta práctica a los pacientes, tal como sucedió en el caso de Sarai:

> El centro de Medicina Reproductiva Fecundar, al no ser clara la reglamentación en Colombia, sobre madre sustituta recomienda este tratamiento siempre con una pariente o familiar, pero la pareja manifestó no tener una candidata con las condiciones requeridas y solicitó el favor de que se le recomendara una persona.
>
> Después de examinar y encuestar varias candidatas que pudieran servir de madre sustituta, se recomendó a la Sra. Sarai, de 26 años en ese momento [*sic*][14], febrero 21 del año 2004, la cual había sido recomendada por otra paciente del Centro, la Sra. Esperanza Reina Ramos.
>
> Esta candidata se le evalúo [sic] desde el punto de vista médico, exámenes de laboratorio y departamento de psicología, encontrándose adecuada. Además tenía a su favor que ya era madre de una niña de 1 año de edad[15].

IV. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN SUSTITUTIVA EN COLOMBIA

En Colombia han sido presentados dos proyectos de ley con idéntico contenido por senadores de la República, uno de ellos en el año 2008, proyecto de ley 196, y el siguiente en 2009, proyecto de ley 037. Estos proyectos no han pasado más allá de algunos debates y luego han sido archivados.

El contenido de estos proyectos establecen disposiciones que regulan la gestación sustitutiva como un acuerdo de voluntades guiado por el altruismo en el que las partes se obligan, una a pagar un auxilio económico mensual y proporcionar la atención medica requerida durante la gestación, y la otra se compromete a entregar el bebé y a no reclamar filiación alguna.

Para estos proyectos de ley se trata de subrogación de la maternidad ya sea que la mujer gestante disponga o no de su óvulo, a diferencia de la Corte Constitucional, que en su sentencia T-968 de 2009 dispuso que en estos casos no se trataba de maternidad subrogada, sino que solamente ocurre cuando el óvulo y el espermatozoide corresponden a la pareja solicitante.

14 La señora Sarai nació el 13 de diciembre de 1983, en consecuencia, para esa fecha contaba con 21 años de edad.

15 Sentencia T-968 de 2009, MP. María Victoria calle, p. 57.

Estos proyectos contemplan regulaciones referentes a que la pareja solicitante debe ser completamente infértil, heterosexual, mayores de 25 años y que no pueden rechazar al bebé una vez nazca. La pareja puede ser extranjera, siempre y cuando tenga un año de residencia en el país. Respecto de la madre gestante, contempla que sea colombiana, que no haya abortado, que no tenga ningún parentesco en el primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o civil con los padres biológicos.

Este contenido normativo se limita a tratar el tema como un asunto contractual en el que hay que asegurar que la madre gestante entregue al bebé y no reclame derechos de filiación sobre él, y la pareja solicitante pague los costos del tratamiento y el auxilio mensual a la otra parte. Sin embargo, no es muy claro cómo la madre gestante, quien se encuentra en notoria desventaja respecto de la pareja solicitante, por su situación posparto y dado que el capital económico, social y cultural del que dispone es mucho menor, pueda asegurar el pago. Pareciera más bien un proyecto de ley hecho para asegurar que las mujeres entreguen el bebé y no ejerzan alguna acción tendiente a establecer filiación.

A partir de la lectura de los proyectos de ley y las materias que regula, se evidencia que la urgencia de su regulación radica en la posibilidad de hacer cumplir a ambas partes con el acuerdo, principalmente por los casos en los que la madre se apega al niño, pues son escasos los casos en los que los padres biológicos se niegan a recibir al bebé.

Por supuesto, también puede darse el caso en el que los padres se nieguen a cancelar la suma prometida y, mediando una regulación, sea posible la exigibilidad judicial del pago de este dinero. Sin embargo, y dado el contexto presentado, cuando los padres biológicos sean extranjeros, para la madre sustituta, por lo general de escasos recursos, un proceso de cobro coactivo será una carga casi imposible de soportar, pues si alquila su vientre por diez millones de pesos, el costo de uno de esos procesos podría ser igual o superior, ya que pertenece a la órbita del derecho internacional, e incluso el costo de un proceso ejecutivo a nivel nacional es *per se* engorroso. Es probable que en algunos casos la madre piense en volver a embarazarse antes que asumir un proceso de estos. Estos proyectos no prevén un trámite especial para hacer efectivos estos pagos. Entonces, no creo que la regulación de las técnicas de reproducción humana para maternidad sustituta sea eficaz para asegurar el pago, más bien, sí lo es para asegurar la entrega del bebé y evitar cualquier reclamo de filiación.

Por su parte, y siguiendo la reflexión bioética articulada al bien común propuesta en este artículo, no se encuentra en el proyecto de ley disposición alguna que busque asegurar que el móvil sea efectivamente altruista, y no la necesidad económica, ya que esta última actúa como una forma de constreñimiento de la autonomía de la voluntad de

las mujeres, pues de no encontrarse en esa situación económica, no ejercerían como madres sustitutas. Bajo esta dinámica se continuarían reproduciendo las condiciones de desigualdad, pues muy difícilmente una mujer acomodada ejercerá como madre sustituta a favor de una mujer de escasos recursos.

Se trata entonces de una regulación que no está pensada en términos de bien común, sino para asegurar el cumplimiento de los contratos y la seguridad jurídica, sin que contemple mecanismos para intervenir en los sectores que están concibiendo niños no deseados y que también deben ser atendidos con acciones de política pública. Es decir, así como se presenta como una urgencia la regulación de las TRHA en general y de la maternidad subrogada en particular, como un asunto de derechos sexuales y reproductivos, debería tratarse de manera muy cercana y conexa la necesidad de regular e intervenir la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres colombianas adolescentes y rurales que están concibiendo a la mayoría de los bebés que nacen actualmente en el país.

V. ALGUNAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA EL BIEN COMÚN

La gestación sustitutiva o maternidad subrogada, como se evidenció en el caso estudiado por la Corte Constitucional colombiana, en general involucrará a mujeres de escasos recursos, sin desconocer que puede haber otros móviles. Un ejemplo en el que el móvil no es la necesidad económica, y por tanto hay una plena libertad en la decisión de subrogar el vientre, es el caso de la mujer de 53 años que dio a luz a su nieto en 1992, en la localidad de Búfalo (Nueva York), producto de los cuatro implantes de óvulos de su nuera de 33 años, fertilizados en laboratorio con esperma de su hijo. En esta oportunidad la intención fue cooperar con su hijo para que lograra ser padre[16].

También ha sucedido que las abuelas ayudan a sus hijas a ser madres tras varios tratamientos de fertilidad no exitosos[17]. Igualmente puede suceder que una mujer muy buena amiga de una pareja quiera apoyar a la pareja en su proyecto de ser padres, como podría suceder eventualmente con una pareja homosexual.

Sin embargo, este no es siempre el panorama, no es solo el altruismo o la solidaridad lo que mueve a las mujeres a ser madres sustitutas. En Colombia, muchas de ellas lo hacen como una salida a su precaria condición económica. En una página de Internet llamada «Vientre de Alquiler Fertility Consulting» se cuenta la historia de una mujer paisa

16 Ibídem, p. 56
17 Ver http://www.abc.es/20110214/sociedad/abci-vientre-alquiler-abuela-201102141611.html

de 29 años casada, con tres hijos, quien ya alquiló su vientre una vez por quince millones de pesos como alternativa para mantener a sus hijos y que ahora se encuentra en la misma situación de precariedad económica y desea volver a alquilar su vientre[18]. A este centro ubicado en la ciudad de Medellín se acercan anualmente cerca de cuarenta mujeres para subrogar sus vientres. Así, el proyecto de vida de esta mujer se verá reducido a la procreación, abandonando sus demás pretensiones y anhelos vitales.

Del caso citado por la Corte Constitucional y la revisión por Internet de esta oferta de servicios, se evidencia que en Colombia la maternidad subrogada ya es una práctica extendida y un mercado en el que los centros de fertilidad son intermediarios y juegan un papel fundamental. Esta práctica no está criminalizada, tampoco prohibida y sencillamente está operando con las reglas de mercado. Hay una oferta, una contraoferta y finalmente un acuerdo sobre el precio, el lugar y cuidado de la madre, los exámenes requeridos a la madre sustituta, entre otros aspectos.

Se trata de un mercado en consolidación que, con el avance cada vez mayor de la ciencia, se hace más atractivo. Según Deborah Spar, docente de administración de la Universidad de Harvard, con la aparición de la fertilización *in vitro*, la mujer que alberga al bebé ya no tiene ningún nexo biológico con el niño, luego las posibilidades de reclamo de la maternidad se reducen significativamente y las parejas ya no tendrán que buscar mujeres con ciertas características genéticas o físicas, sino solamente aquellas que sean sanas y cumplan con las indicaciones que se le suministren durante el embarazo como no fumar[19].

En estas condiciones fácticas, el derecho debería articular intereses adicionales, además de la estabilidad contractual, debería tener en cuenta, por ejemplo, que los tratamientos de fertilidad no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) que administran las aseguradoras de salud en Colombia, sino que quienes deseen utilizar las TRHA deben contar con los recursos suficientes para pagar un procedimiento con un costo tan alto que oscila entre diez y quince millones de pesos. En ese sentido, debería establecerse el pago de un porcentaje adicional, administrado por una fiducia, para desarrollar dos programas esenciales de política pública: un programa contundente que incluya campañas y promoción de la adopción, para su desestigmatización y para acompañar a las parejas en este proceso. En segundo lugar, apoyar la capacitación en derechos sexuales y reproductivos, especialmente en el sector rural y con las mujeres campesinas que son más vulnerables a embarazos no deseados.

18 Ver http://www.vientredealquiler.com/index.php/alquiler-de-vientres-nueva-forma-de-maternidad
19 SANDEL, Michael. Ob. cit., p. 117.

No obstante, alguna mujer podría, en algún momento determinado, optar por este camino como forma de vida, razón por la cual esta práctica no debe ser criminalizada bajo ninguna circunstancia. Como tampoco se debe desconocer que mientras en Colombia existan adolescentes de la ciudad y el campo que no han decidido ser madres, sino que lo son debido a patrones culturales y el desconocimiento de sus derechos, y mientras habite la inequidad social y la concentración de la riqueza a partir de dinámicas económicas nacionales y globales que causen la pobreza y el desempleo de estas mujeres, las abogadas y abogados deberíamos defender que el alquiler de vientre no sea una opción laboral y que tampoco la ley lo legitime, como tampoco debe criminalizarlo.

Por tanto, la ley, además de ocuparse de lo estrictamente clínico y económico, debería pensar en la equidad social o bien común y en los derechos de las mujeres que resulten envueltas en este mercado. Pues por lo general, considerando los casos especiales a los que ya se hizo referencia, son mujeres con escasos recursos económicos que buscan dinero para mantener a sus hijos biológicos.

Por ejemplo, los legisladores deberían considerar la adopción como una posibilidad viable para parejas con problemas de fertilidad. La Encuesta Nacional de Demografía en Salud de 2010 estableció que solamente 2 por 1000 mujeres tienen hijos adoptados y que solo el 14% de las que no tienen hijos adoptados ha pensado en esa posibilidad[20].

En este panorama, algunas acciones de política pública que pueden emprenderse y que están sujetas a debate, en dirección a cooperar con la construcción de una sociedad más equitativa y respetuosa de los derechos y el cuerpo de la mujer serían:

- Gravar o imponer un tributo a la práctica de las TRHA, cuyo pago sea porcentual entre los centros de fertilidad y la pareja demandante de la maternidad sustituta, en la cantidad que el debate parlamentario determine.
- Los recursos obtenidos de este gravamen deben ser administrados por una fiducia y direccionada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y Profamilia para financiar: i) programas que promuevan la adopción, la desestigmaticen y acompañen a las parejas en la toma de la decisión de adoptar, y ii) promoción de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y mejor atención en salud en esta área.
- Teniendo en cuenta que las mujeres que suelen alquilar su útero son madres que desean darle una mejor calidad de vida a sus hijos, debería fortalecerse la protección del empleo a las madres

20 PROFAMILIA. Ob. cit., p. 125.

y estimular su vinculación a las empresas públicas y privadas con buenas condiciones laborales.

VI. CONCLUSIONES

La regulación jurídica de los asuntos concernientes a la bioética debería incluir una perspectiva de bien común, es decir, se debería considerar la inclusión en esas regulaciones de algunas acciones que promuevan la equidad social para un logro más próximo del desarrollo. Es indispensable establecer conexiones con las situaciones locales y globales para evitar las regulaciones que simplemente amparan el buen desarrollo de un mercado emergente que pretende beneficiarse de la capacidad legislativa de una asociación política, la cual también debe resultar beneficiada de acuerdo con los fines para los cuales ha sido establecida. Reflexionar en torno a los derechos sexuales y reproductivos, como el derecho a tener un hijo, se correlaciona con variadas aristas como el derecho de los niños y niñas a tener una familia (adopción), el derecho de las adolescentes a no ser madres, y otros que involucran intereses sociales válidos y referentes a otros derechos, que no deberían ser excluidos del debate jurídico-político.

Recibido: 02/08/2012
Aprobado: 22/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 113-132
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Final de la vida y notas en bioética médica

End of life and changes in medical bioethics

VITULIA IVONE*

Resumen: El tema del final de la vida incluye —necesariamente— un análisis de la dignidad humana en su dimensión social y jurídica, como parámetro y valor de la historia cultural de los países y de las sociedades. La indeterminación de este concepto ha creado, en lo concreto, muchas dificultades en el esfuerzo de concretar sus confines. En particular, el uso de la dignidad humana para comprender las dinámicas del fin de la vida enfrenta el tema del paternalismo médico y la teoría del consentimiento informado en la relación médico-paciente.

***Palabras clave*:** dignidad – testamento de vida – ética médica

Summary: The issue of the end of life includes —necessarily— an analysis of human dignity in its social and legal dimension as a parameter and value of the cultural history of countries and societies. The vagueness of this term has created, in particular, many difficulties in the effort to define its boundaries. In particular, the use of human dignity to understand the dynamics of the end of life faces the issue of medical paternalism and theory of informed consent in the doctor-patient relationship.

***Keywords*:** dignity – living will – ethical medicine

CONTENIDO: I. PREMISA.– II. NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA.– III. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL FIN DE LA VIDA.– IV. EL DISEÑO NÚMERO 10 Y LOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA.– V. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA JURÍDICO CIVIL ITALIANO.– VI. LAS FUENTES LEGALES EUROPEAS E INTERNACIONALES EN RELACIÓN AL FINAL DE LA VIDA.– VII. PERFILES DE BIOÉTICA MÉDICA.– VIII. CONCLUSIONES.

I. PREMISA

La persona humana tiene que ser entendida como valor, en torno al cual es organizado el ordenamiento civil italiano bajo dos perfiles: el de la tutela de la dignidad y aquel del libre y armónico desarrollo de la personalidad en la defensa de los derechos inviolables, con la

* Profesora de Derecho Privado (Facultad de Derecho) y profesora de Derecho de la Empresa Industrial (Facultad de Ingeniería), Universidad de Salerno; Directora Científica de la Fundación Scuola Medica Salernitana; vicario del Doctorado en Public Ethics, Stakeholders, Person and CSR (Corporate Social Responsability) (PESPECO); vicario del Observatorio sobre Estudios de Género e Igualdad de Oportunidades (OGEPO). Correo electrónico: vituliaivone@unisa.it

consiguiente subordinación de las situaciones patrimoniales a las de carácter personal[1].

La compleja cuestión del momento final de la vida (la intersección con el derecho a la dignidad y a la integridad física y psicológica del paciente, con el derecho a la vida y la salud, los principios de autonomía y autodeterminación) constituye uno de los aspectos más controvertidos y espinosos a los que el derecho se enfrenta actualmente.

El estudio del derecho —entendido como el conjunto de normas unificadas y el formato de los principios de mutua dependencia, co-esenciales, que conforman el ordenamiento jurídico— inevitablemente debe enfrentarse a la ontología de la persona humana.

Los descubrimientos científicos y los avances tecnológicos han proporcionado una amplia capacidad de intervenir en las esferas privadas y más esenciales de la vida de las personas. Los problemas morales, juntos a las nuevas posibilidades que la medicina ofrece, son la base del discurso sobre el testamento de vida y del debate que en Italia se ha suscitado en los últimos años.

El desarrollo acelerado de las ciencias biológicas ha permitido que la investigación aplicada, con su inmenso potencial, supere al nivel de la reflexión ética y legal, dejando a las zonas afectadas en una situación de extrema incertidumbre. El papel central del *bioderecho* es recordar que los principios de respeto a la dignidad humana y los derechos humanos son válidos tanto en la práctica jurídica como en el ámbito médico-científico.

Además, el uso de maquinarias invasivas cada vez más sofisticadas, así como de nuevos métodos de tratamiento para los pacientes, plantean, inevitablemente, problemas de diversa amplitud que no solo remiten a la definición del problema del límite terapéutico y su proporción en comparación con el resultado esperado sino, más ampliamente, al horizonte de la libertad y de la investigación científica. Los operadores del derecho buscan intervenir en estos procesos: algunos mediante normas generales, otros apuntando a la elaboración de normas éticas, o bien enfocados en la solución de casos particulares. De ello se desprenderá un marco variado de fuentes jurídicas, desde el derecho interno hasta el derecho internacional.

El tema del final de la vida se inscribe en este contexto y requiere una reflexión basada en la totalidad del sistema jurídico. Las directrices anticipadas de tratamiento médico y su relación con las causas éticas

1 «[…] il valore della persona si realizza attraverso le tecniche più disparate, che possono passare anche attraverso le figure dommatiche elaborate nel settore patrimoniale» (PERLINGIERI, Pietro. *La persona e i suoi diritti*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005).

y filosóficas se inscriben en el marco del valor de la dignidad humana como fundamento de la ley.

En Italia se presentó en el año 2009 el proyecto de ley número 10 titulado «Disposiciones sobre las medidas de la alianza terapéutica, el consentimiento informado y las voluntades anticipadas para el tratamiento médico». La aplicación de esa ley ha sido producto de un largo período de debates que se llevó a cabo a nivel ético y también jurídico.

El propósito de estas breves reflexiones es el de reconstruir el marco actual de las fuentes de los «testamentos en vida» y analizar lo que ha surgido de la práctica de los tribunales italianos, enfocando la mirada en algunos de los acontecimientos que han afectado a la legislación italiana, en particular, pero no sin una definición de dicha institución[2]. Al lado de esta reflexión, se necesita especificar el diseño que está a la base de la ética médica contemporánea —y su modelo paternalista— que tiene que solucionar las problemáticas del los pacientes y de los enfermos.

II. NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

El término dignidad (del latín *dignitas*) significa la excelencia, la nobleza, el valor: lo que vale la pena, aquello que posee un valor intrínseco, no transferible y no negociable, no asignable, un valor que existe por el mismo hecho de que el sujeto es[3]. En este sentido, la dignidad de la persona humana se describe conforme lo que es: su valor. De ello se desprende el máximo respeto que merece la persona, considerada en su unidad, que no es divisible en elementos aislados sino que va considerada en su totalidad[4]. La dignidad del ser humano es un valor cultural que fundamenta todos los demás valores, incluidas las éticas y todos los derechos reconocidos, porque la dignidad del ser humano se origina con

2 Alpa, Guido. «Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche». En Autores varios. *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi.* Milán: Fondazione Umberto Veronesi, 2006; Caparezza Figlia, Gabriele. «Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento». *Familia* (2004), pp. 1055-1096; Donisi, Carmine. «Testamento biologico: quale rilevanza?». En Corleto, Michele (ed.). *Diritto e diritti di fronte alla morte dall'eutanasia al diritto di morire. Atti del seminario di studi.* Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 101ss.; D'Agostino, Francesco. «Bioetica e diritto». *Medicina morale,* 43, 4 (1993), pp. 675ss.; D'Agostino, Francesco. «Dalla bioetica alla biogiuridica». En Biolo, Salvino (ed.). *Nascita e morte dell'uomo.* Génova: Marietti, 1993, pp. 137ss.; De Fanti, Carlo Alberto. *Soglie. Medicina e fine vita.* Turín: Bollati Boringhieri, 2007, p. 91; De Mattei, Roberto. *Finis Vitae. Is Brain Death Still Life?* Soveria Mannelli: Rubbettino, 2008; Monti, Daniela (ed.). *Che cosa vuol dire morire.* Turín: Giulio Einaudi, 2012, p. 89; Patti, Salvatore. «L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita». En Autores varios. *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, pp. 1ss.; Rescigno, Pietro. *La scelta del testamento biologico.* En AA.VV. *Testamento biologico: riflessione di dieci giuristi*, pp. 16ss.; Resta, Eligio. «Biodiritto (voce)». En AA.VV. *XXI Secolo. Norme e idee.* Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2009, p. 51.

3 Ceccherini, Eleonora (ed.). *La tutela della dignità dell'uomo.* Nápoles: Editoriale Scientifica, 2008.

4 Perlingieri, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale.* Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 160ss.; Tarantino, Antonio. *Natura umana e libertà in bioetica.* Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 100ss.

su nacimiento. Por lo tanto, antes de abordar un debate específico sobre la cuestión del final de la vida, parece justa y adecuada una reflexión sobre el valor adoptado hoy por la dignidad de la persona en la legislación italiana. No pasamos por alto la dificultad de dar una definición del concepto actual de la dignidad humana, que es capaz de explicar todo el significado de sus síntomas más laterales; se puede decir que, de hecho, de la dignidad se prefiere una «noción de frontera»[5] como fruto de una reflexión de muchas voces (filósofos, expertos en bioética, abogados) y que se ve afectada, aunque de manera positiva, por las numerosas contribuciones que las diversas ciencias ofrecen a su definición. La dignidad, considerada en general, es una calificación legal y no empírica, mientras la peculiaridad de la dignidad humana es la siguiente: la persona a quien la bioética se refiere debe ser considerada como un fin en sí misma y, como tal, debe ser respetada, por lo que no se puede sujetar a cualquier otro valor, no importa cuán importante o relevante este pueda ser. La persona como tal, como un ser vivo que pertenece a la especie humana, tiene su propia dignidad que es igual a la de cualquier otro individuo. El reconocimiento, protección y mejoramiento de la dignidad humana son los signos esenciales de la civilización moderna y avanzada[6]. Hablar de la dignidad humana en el tiempo actual, en el cual la ciencia, la tecnología y los costumbres han, de hecho, modificado el cuadro de la vida humana, no es un proyecto simple. Las cuestiones éticas parecen indispensables para resolver las disputas doctrinales y superar posiciones ideologizadas: esto es claro frente al impacto que la concepción de la dignidad de la persona asume en relación a las decisiones relativas a la vida o la muerte de un hombre y con las soluciones judiciales y legislativas que le siguen. En las últimas décadas, la ciencia médica ha hecho grandes progresos en su conocimiento sobre la vida humana desde las primeras etapas de su existencia hasta su ocaso. Los estudios han llegado a comprender las estructuras biológicas del hombre y el proceso de su generación. Estos avances son positivos, funcionales a la corrección de los trastornos que afectan, más o menos gravemente, el normal funcionamiento de la procreación humana, la vida social y las relaciones entre las personas[7]. El problema surge, sin embargo, cuando la ciencia médica usa las herramientas que se inspiran en los principios que, algunas veces, representan la antítesis de la protección de la dignidad de la persona, o son utilizados para fines contrarios al bien integral del hombre. Si la técnica se basa en el principio de que «*debemos hacer todo*

5 Femia, Pasquale. *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile,* Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, pp. 38ss.

6 «El concepto de especie humana vive a través del tiempo y en la vida de un número infinito de generaciones, sin dejar de existir, autónomamente, ni en el momento de la reproducción, es decir del pasaje de la vida da una persona a otra, ni en el momento de la muerte de los individuos» (Tarantino, Antonio. Ob. cit., p. 63).

7 Viola, Francesco. «I volti della dignità umana». En Argiroffi, Alessandro & otros (eds.). *Colloqui sulla dignità umana.* Roma: Aracne, 2008, pp. 101ss.

lo que podemos hacer» entonces el imperativo de la ética es «*no debemos hacer todo lo que se puede hacer*». Aparte del juego de palabras evidente detrás de estas expresiones es fácil entender como es diferente el enfoque que la ciencia y la ética tienen sobre la cura y, en consecuencia, sobre la dignidad humana. Discutir de la dignidad humana significa pasar por la esencia, el corazón de la doctrina de los derechos humanos[8]. La dignidad es inseparable de la condición humana, una condición que no es accidental, sino esencial y constitutiva ya que no hay personas que no tengan dignidad o cuyas vidas no tengan un valor intrínseco[9]. La dignidad humana ingresa formalmente en la legislación italiana con la Constitución de 1948, en la que se define como «*la dignidad social*». En realidad, informes contradictorios han sugerido una coincidencia parcial entre los dos tipos de dignidad, pero estos conceptos no son fungibles y ello debido a que la dignidad social tiene una función de defensa de la igualdad de los ciudadanos en la sociedad, mientras que la dignidad humana tendría un significado mucho más amplio. Este enfoque pareciera ser superado porque la dignidad no se dirige a una caracterización abstracta de la calidad de una persona, sino a dictar los actos reales que deben ser cumplidos en la sociedad[10]. Dos fuerzas han conducido a la inclusión de la dignidad en los principios constitucionales. Por un lado, el cambio de la jerarquía de valores que tuvo lugar con el cambio de la prevalencia de las situaciones jurídicas patrimoniales a las de naturaleza existencial y personal[11]. Esto conduce a un verdadero vuelco en la actitud ante los valores fundamentales de la sociedad civil, a través de la colocación de la persona en el centro del sistema, anteponiendo los derechos de la personalidad a los de la esfera de las finanzas y de los bienes. Pero el espíritu que ha afectado principalmente a la utilización de esta fórmula fue innovador: la referencia a la dignidad en la Constitución italiana se basa en la intención para crear un nuevo Estado, después de los conflictos del siglo XX. El reconocimiento dado al individuo, de no ser solo *subjectum juris* sino «persona», no es simplemente un retorno a la tradición del derecho iusnatural sino el resultado de una decisión política prudente que la Constitución italiana ha tomado de manera consciente[12]. El respeto a la dignidad humana permite explicar una

8 Cassese, Antonio. *I diritti umani oggi,* Roma/Bari: Laterza, 2005, pp. 54ss.

9 Andorno, Roberto. «La tutela della dignità umana: fondamento e scopo della Convenzione di Oviedo». En Furlan, Enrico. *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronta a partire della convenzione di Oviedo*, Milán: Franco Angeli, p. 91.

10 Lonardo, Loris. «Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano». En *Rassegna di diritto civile,* 3 (2011), pp. 778ss. El autor aclara que la «dignidad, en definitiva, no apunta a una proclamación abstracta de la calidad de una persona, sino a dictar la adopción de medidas eficaces que se ajusten a la sociedad (como un conjunto de individuos) y en las expectativas de los electores es que se renueva de forma totalmente diferente la organización estatal anterior» (ibídem).

11 «La transferencia de funciones —a partir de un concepto de simple producción a una concepción que tiende a hacer el mejoramiento de la situación del individuo y la atribución a él de la libertad y de la oportunidad de desarrollar su personalidad— se justifica porque hay en el ordenamiento de leyes los valores morales y el orden humano, que trascienden la coyuntura económica actual» (Perlingieri, Pietro. *La persona e i suoi diritti*, p. 6).

12 Viola, Francesco. Ob. cit., p. 110.

serie de disposiciones constitucionales, como la libertad de pensamiento y de opinión y la libertad de iniciativa económica. La dignidad es, entonces, atributo de cada individuo. En cuanto a la Constitución italiana, hay disposiciones especiales que mejoran el mérito social que distingue a ciertos temas. Consideremos, por ejemplo, las reglas relativas a la designación de los senadores vitalicios (artículo 59, inciso 2 de la Constitución) o las salvaguardias especiales para los que son «capaces y dignos» (artículo 34, párrafo 3 de la Constitución) que sugieren —en apariencia— un nivel diferente y un diverso grado de dignidad entre los ciudadanos, o al menos así se ha afirmado[13]. En realidad, la Constitución italiana, no tiene la intención, con esas disposiciones, no tiene la intención de clasificar el nivel de dignidad de la persona, sino la de recompensar el mérito de aquellos que por sus acciones hacen una contribución decisiva para el progreso moral y material de la sociedad; en definitiva, la reflexión sobre la relación entre la dignidad y el desarrollo personal representa una posibilidad real de concurso entre los principios constitucionales, porque uno no puede lograrse sin el otro. Conforme a los artículos 2 y 3, párrafo segundo de la Constitución italiana, el sujeto está protegido en el ordenamiento jurídico italiano como tal y su dignidad es igual a la de cualquier otro individuo: la persona «es» dignidad, por lo cual compartimos plenamente los ajustes que reconocen a la dignidad valor de fundación axiológica en el ordenamiento jurídico italiano, y en ella a la esencia de la persona en un sentido ideal. Por lo tanto, la dignidad humana no es simplemente un valor moral y social, sino un verdadero principio de la ley, aplicable en manera conjunta de los demás principios[14].

III. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL FIN DE LA VIDA

En la filosofía y en el derecho, que son los ámbitos en los cuales la dignidad es el centro de los estudios más importantes, el tema del final de la vida ha producido grandes contrastes de opinión. A veces se ha discutido acerca de la inutilidad de la noción de dignidad, del fuerte componente retórico de este concepto, de su «fracaso práctico» para llevar de la manera correcta esta idea básica[15].

Aquellos que tienen dudas sobre la posibilidad de utilizar el concepto de dignidad se ven obligados a preguntarse si se trata de un valor que se da

13 CATAUDELLA, Antonio. *La tutela civile della vita privata*. Milán: Giuffrè, 1972.

14 LONARDO, Loris. Ob. cit., p. 793.

15 MACKLIN, Ruth. «Dignity Is a Useless Concept». *British Medical Journal,* 327, 7429 (2003), p. 1419. En su opinión, los problemas para los cuales se busca brindar una solución a través de la utilización del concepto de la dignidad pueden ser abordados y resueltos por otros parámetros que, a diferencia de la dignidad, permiten los cálculos utilitarios. Contra esta posición, ver ANDORNO, Roberto. «The Paradoxical Notion of Human Dignity». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2 (2001), pp. 151-168.

en el mismo nivel que los demás o si tiene una posición superior al ser un elemento motor del argumento en un sentido lógico y axiológico.

Una de las razones a la base de estas dificultades de interpretación es, sin duda, el origen de este concepto ético, con el que normalmente se expresa una amplia gama de sentimientos y juicios como el honor, la reputación o la excelencia humana.

Parece una definición correcta hablar de la dignidad como un «concepto de frontera»[16], al ser utilizado por muchas disciplinas que a veces se superponen entre sí. Ciertamente, es impensable que el abogado pueda prescindir de ella, especialmente en el pensamiento sobre el comportamiento humano y considerando las fronteras borrosas en la ciencia y la investigación.

La dignidad humana es parámetro de reflexión también para la voluntad de vivir incluida en una declaración adelantada de tratamiento médico. Con esta declaración una persona, en condición de claridad mental, expresa comprender el alcance de aceptar o no ciertas terapias médicas en el caso se encontrara en el futuro en situaciones de vulnerabilidad —entendiendo en este caso el carecer de consciencia— para expresar su voluntad en relación a los tratamientos con máquinas artificiales permanentes o sistemas que impidan una vida normal. El testamento vital es precisamente el «lugar» (documento) en el cual puede ser expresada esta voluntad de la persona. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el término «testamento vital» es inexacto por una precisa razón normativa: en el Código Civil italiano, el testamento es un acto voluntario en el cual la intención es que surta efecto después de la muerte del testador: es un acto «mortis causa» y se entiende por este la disposición sobre «sus propias sustancias o parte de ellas»[17]. La «sustancia» de la cual habla el Código solo puede ser representada por los bienes materiales del testador.

Se deduce necesariamente que el testamento, en el sistema del derecho civil italiano, es un acto con contenido patrimonial. A este contenido también pertenecen las disposiciones que puedan o no tener sustancia económica: sin embargo, son accesorias o instrumentales frente a las disposiciones de propiedad típicas y características.

La voluntad expresada en un testamento en vida es una voluntad que se refiere a aspectos que no pertenecen a los aspectos patrimoniales sobre la vida de una persona. Esto se traduce en una hostilidad inevitable a reconocer en el «testamento vital» la definición exacta de

16 «L'attività del giurista si muove però su di un piano di maggiore immediatezza, in continuo contatto con la necessità della scelta e con la ineludibile responsabilità» (FEMIA, Pasquale. Ob. cit., p. 38).

17 El artículo 587 del Código Civil italiano afirma: «El testamento es un acto revocable por el que alguien dispone, para el tiempo en que ha dejado de vivir, de todas sus sustancias o parte de ella».

este fenómeno[18]. Existe, además, otro elemento que desalienta el uso del término «testamento». Este acto se refiere, de hecho, a un tiempo anterior a la muerte de la persona, con lo cual se dispone de un tiempo después de la muerte de la misma.

Totalmente diferente es la idea de los testamentos en vida, donde la persona establece disposiciones para un momento en el cual todavía se encontrará con vida. La elección de la palabra «testamento» se justifica en la medida en que este término pertenece al patrimonio lingüístico general y supera, de hecho, los estrechos límites de la definición legal.

Parece, sin embargo, más apropiado el uso de otras expresiones: en particular, parece preferible el uso de las «directivas anticipadas de tratamiento» (conocidas como DAT), una denominación usada desde hace tiempo y que se encuentra incluso en el proyecto de ley que espera aprobación y comentamos.

IV. EL DISEÑO NÚMERO 10 Y LOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Actualmente, el sistema legal italiano no tiene una ley que regule los testamentos de vida de manera expresa, aunque ha sido tratado en proyecto de ley «Calabrò», pendiente de aprobación.

En ausencia de una ley *ad hoc*, es de gran ayuda la interpretación y el uso de los principios constitucionales italianos para comprender la colocación de la dignidad humana en los temas de la vida y de la muerte de las personas. La falta de una disciplina legislativa ha sido justificada sobre la base de la imposibilidad de ofrecer una regulación que incluya, en forma adecuada, los numerosos casos que tienen lugar en la práctica. Sin embargo, en los últimos años casos como los de Englaro y Welby, entre otros, han encendido un debate serio entre los diferentes actores, ya no solo entre los más directamente implicados, sino en toda la sociedad civil.

Cuando se habla de valores y no de reglas, el tono del debate y de los valores que están en juego cambian, incluso más que la ideología y la política, la ética y la moral, la libertad de cada individuo, y se entiende perfectamente cuán complejo es el intento de colocar una regla general donde parece reinar suprema la libertad individual. Existe el riesgo de que tal regulación sea una especie de «intromisión» de la ley con respecto a las decisiones más íntimas de una persona: seguir viviendo,

18 Rescigno, Pietro. Ob. cit., pp. 16ss. El autor afirma que el término «testamento» pertenece al general patrimonio lingüístico como sucede, por ejemplo, con el término «testamento espiritual» (que se expresa en alabanzas, valoraciones, advertencias, consejos expresados por una persona). Por lo tanto, la frase parece apropiada para describir a esta particular manifestación de la voluntad, si se ve —en este testamento— el carácter de un discurso destinado a ser, en la práctica, recibido cuando no existe la posibilidad de controlar la ejecución desde el mismo autor.

aunque en condiciones de sufrimiento, o morir. Es necesario, en este escenario, preguntarse qué papel puede y debe tener el derecho: la posibilidad de intervenir o de detenerse ante ciertos límites operativos. Lo cierto es que la desregulación total de los asuntos del final de la vida no parece una solución adecuada a la realidad, y vale considerar la necesidad de una norma como parámetro, de reglas entre las cuales las personas sepan qué y cómo decidir.

De otro lado, el diseño número 10 ingresa en un sistema legislativo en el cual hay algunas normas insustituibles en la reflexión: el artículo 32 y el artículo 13 de la Constitución italiana.

En el primero, se habla de derecho a la salud: «La República protege la salud como un derecho fundamental y como un interés individual y colectivo, y garantiza asistencia gratuita a los indigentes». En el segundo párrafo afirma: «Nadie puede ser obligado a un tratamiento de salud en particular, salvo en las disposiciones de la ley. La ley no puede, en ningún caso, violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana»[19].

Se comprende el difícil equilibrio entre el derecho del paciente a ser tratado con eficacia y el derecho a ser respetado como persona en su integridad física y mental: este derecho está consagrado en el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución italiana como una barrera

19 La literatura jurídica sobre el derecho de la salud en el sistema italiano es muy amplia. Entre otros, CALAMANDREI, Piero & Alessandro LEVI (dirs.). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Florencia: Barbèra, 1950, pp. 336ss.; MORTATI, Costantino. «La tutela della salute nella Costituzione italiana». *Rivista degli Infortuni e delle malattie professionali*, I, 1 (1961), reproducido en MORTATI, Costantino. *Raccolta di scritti*. Milán: Giuffrè, 1972, pp. 433ss.; CARLASSARE, Lorenza. «L'art. 32 Cost. e il suo significato». En ALESSI, Renato (ed.). *L'amministrazione sanitaria italiana. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*. Vicenza: Neri Pozza, 1967; BESSONE, Mario & Enzo ROPPO. «Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 Cost. ed evoluzione della giurisprudenza». *Politica del Diritto* (1974); VINCENZI AMATO, Diana. «Art. 32». En: BRANCA, Giuseppe (ed.). *Commentario della Costituzione*. Bolonia: Zanichelli, 1976; BUSNELLI, Francesco & Ugo BRECCIA (eds.). *Tutela della salute e diritto privato*. Milán: Giuffrè, 1978; DI CERBO, Fernando. *La tutela della salute nell'ordinamento giuridico italiano*. Roma: Jandi Sapi, 1978; PANUNZIO, Sergio. «Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione». *Diritto e Società* (1979); LUCIANI, Massimo. «Il diritto costituzionale alla salute». *Diritto e Società* (1980), pp. 769ss.; R. D'ALESSIO. «I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari"». *Diritto e Società* (1981), pp. 536ss.; MODUGNO, Francesco. «Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)». En *Diritto e Società* (1982), pp. 303ss.; PEZZINI, Barbara. «Il diritto alla salute: profili costituzionali». *Diritto e Società* (1983), pp. 21ss.; B. CARAVITA. «La disciplina costituzionale della salute». *Diritto e Società* (1984), pp. 21ss.; CRISAFULLI, Vezio. «In tema di emotrasfusioni obbligatorie». *Diritto e Società* (1984), pp. 557ss.; LUCIANI, Massimo. «Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale». *Politica del Diritto*, 3 (1986), pp. 439 ss.; ROMBOLI, Roberto. «Art. 5. Delle persone fisiche. Artt. 1- 10». En SCIALOJA, Antonio & Giuseppe BRANCA (eds.). *Commentario del Codice civile*, Bolonia: Zanichelli, 1988; BOTTARI, Carlo. *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*. Milán: Giuffrè, 1991; MODUGNO, Franco. *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*. Turín: Giappichelli, 1995, pp. 40ss.; PELAGATTI, Giorgio. *I trattamenti sanitari obbligatori*. Roma: CISU, 1995; TERESI, Ida. «La tutela della salute nelle decisioni della Corte costituzionale». *Rassegna di Diritto Civile*, 19, 1 (1998), pp. 114ss.; COCCONI, Monica. *Il diritto alla tutela della salute*. Padua: Cedam, 1998; BOTTARI, Carlo. «Il diritto alla tutela della salute». En RIDOLA, Paolo & Roberto NANIA (eds.). *I diritti costituzionali*, volumen III, Turín: Giappichelli, 2001, pp. 1101 - 1128; MORANA, Donatella. *La salute nella Costituzione italiana*. Milán: Giuffrè, 2002. Sobre los aspectos organizativos ver BALDUZZI, Renato & Giuseppe DI GASPARE. *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*. Milán: Giuffrè, 2002; CHIEFFI, Lorenzo (ed.). *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*. Turín: Giappichelli, 2003.

infranqueable también respecto de los tratamientos que pueden imponerse, como lo requiere la ley para proteger la salud pública[20].

La posición del médico en el marco constitucional italiano del derecho a la salud es marcada por el artículo 32, párrafo 2: «Nadie puede ser obligado a un tratamiento de salud en particular, salvo en las disposiciones de la ley». Esta norma, poniendo la fijación del límite infranqueable en el respeto por la vida humana, ha colocado el tema del reconocimiento de un «derecho a no buscar tratamiento médico».

Este problema se inscribe en el contexto más amplio de los derechos reconocidos a la libertad del individuo, sobre todo cuando la condición patológica se refiere únicamente a la persona del paciente, sin ningún tipo de implicación de otros miembros de la comunidad[21].

Los tratamientos médicos a los cuales hace referencia el párrafo 2 del artículo 32 de la Constitución están interpretados por la doctrina como «cualquier actividad terapéutica o de diagnóstico, para prevenir o tratar la enfermedad»[22]. Estas actividades se han dividido en distintas categorías: tratamiento obligatorio, coercitivo y no obligatorio.

Los primeros son aquellos tratamientos que se caracterizan por un sistema obligatorio requerido por la ley, sancionado y que opera con el uso de una variedad de mecanismos (como la imposibilidad de viajar a los países en los que no hacen ciertas vacunas); los tratamientos coercitivos no son impuestos por la fuerza, y los tratamientos no obligatorios no son proporcionados por disposiciones legales.

La identificación de la legitimidad del tratamiento médico representa un problema de coordinación entre el artículo 32, párrafo 2, y el artículo 13 de la Constitución italiana. La doctrina no es unánime: algunos dicen que para el tratamiento médico solo se aplica el artículo 32, párrafo 2[23].

20 «La salud colectiva no puede ser vista como un bien que se contrapone a la salud individualmente considerada». En una hipótesis de conflicto entre los dos intereses, «el interés de la salud colectiva no puede prevalecer sobre la de los individuos y, por lo tanto, imponer el sacrificio de estos bienes va a violar el principio personalista, sobre la tutela de la personalidad humana en sus derechos intangibles» (Mantovani, Fernando. «Eutanasia». En Autores varios. *Digesto. Discipline penalistiche,* volumen IV, Turín: UTET, 1990, p. 112).

21 Luciani, Massimo. «Il diritto costituzionale alla salute», pp. 769ss.; Modugno, Francesco. Ob cit., p. 303. En particular, en los casos que presentan la exigencia de tutelar la salud de la persona, se pone al lado la igual exigencia de tutelar a toda la colectividad; el derecho del individuo tendrá que ser considerado junto con el de la colectividad, en los límites de lo que dispone, en materia de asistencia médica, el párrafo 2 del artículo 2 de la Constitución italiana.

22 Vincenzi Amato, Diana. Ob. cit., p.176; Sandulli, Aldo Maria. «La sperimentazione clinica sull'uomo». En *Diritto e Società* (1978), p. 507; Perlingieri, Pietro & Paola Pisacane, Paola. «Commento sub art. 32 Cost.». En Perlingieri, Pietro (ed.). *Commento alla Costituzione italiana.* Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 207.

23 Crisafulli, Vezio. «In tema di emotrasfusioni obbligatorie». *Diritto e Società* (1982), p. 560.

Según otros, teniendo en cuenta la distinción entre los tratamientos médicos obligatorios y coercitivos, se entenderá que es aplicable lo dispuesto en el artículo 13 a los segundos[24].

Por lo tanto, esta regla se plantearía como un marco general para todas las formas de restricciones a la libertad personal y de las medidas coercitivas que afecten la libertad de la persona de disponer de sí misma. En las normas constitucionales se establece la certeza de que no es posible leer el artículo 32 como una norma que expresa sobre todo el deber de preservar la salud en el exclusivo interés de la comunidad, legitimando la intervención del poder público, pero tampoco se puede pensar de tal modo que lleve a acentuar solo el momento individual, transformando el concepto de inviolabilidad personal.

V. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA JURÍDICO CIVIL ITALIANO

La obligatoriedad del consentimiento informado ante procedimientos médicos fue reclamado después de la Segunda Guerra Mundial como resultado de las atrocidades cometidas por la medicina del régimen nazi. Como resultado de la repulsión frente a la experimentación con seres humanos llevada a cabo en los campos de concentración, en casi todos los países occidentales se incluyó en el marco del principio legal que ningún ser humano puede ser sometido contra su voluntad a experimentos médicos. En Italia, este principio está consagrado en el artículo 32 de la Constitución que establece que «Nadie será sometido a un tratamiento médico contra su voluntad, excepto en los casos regulados por la ley y, en todo caso, la ley no puede exceder los límites impuestos por el respeto a la dignidad humana». El mismo principio se reafirmó claramente por la ley número 833/78, particularmente en los artículos 33 y 34[25]. En general y en ausencia de leyes específicas sobre procedimientos médicos, la jurisprudencia suele hacer referencia al artículo 50 del Código Penal que establece la «*no punibilidad*» de los daños físicos causados con el consentimiento de la persona que puede dar su consentimiento libremente. En este artículo

24 Pace, Alessandro. *Libertà individuali e qualità della vita*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2008, p. 87.

25 En Italia, por Ssn se define el conjunto de funciones y actividades de bienestar social llevadas a cabo por los servicios de salud regionales, los organismos e instituciones de nivel nacional y estatal, para garantizar la protección de la salud como un derecho fundamental y como un interés individual y colectivo, respetando la dignidad y la libertad de la persona humana (artículo 1 del decreto legislativo número 502/1992). La ley que ha introducido este término, claramente inspirado por el National Health Service (Nhs) del Reino Unido, fue del 23 de diciembre de 1978, con el número 833 (llamada «Reforma de la Salud»). El SSN es un sistema público de carácter universal, que garantiza la atención de la salud a todos los ciudadanos, financiados mediante los impuestos generales y los ingresos directos, recogidos por las autoridades locales de salud, originados por la prescripción (es decir, las cuotas con las que los asistidos contribuyen a los gastos) y la remuneración por rendimiento. A través de esta ley se aplica el contenido del artículo 32 de la Constitución italiana, que consagra el derecho a la salud de todos los individuos.

se encuentra una base legal para los procedimientos médicos, aunque hay que señalar que los actos de la disponibilidad del cuerpo no pueden considerarse plenamente libres para el Código italiano[26].

Según la ley italiana solo hay cinco casos en los que una persona puede ser sometida a tratamiento médico contra su voluntad: en el caso de un riesgo inmediato para la vida de la persona; si no existe ninguna posibilidad de explicar la situación; o si el paciente es incapaz de entenderlo. En este caso, la negativa al tratamiento no se considera eficaz. El consentimiento se presume porque se cree que la discrepancia es debida a una ausencia o una incapacidad de comprender la información recibida. Sin embargo, para ser legal, el tratamiento debe ser: i) proporcional al riesgo, ii) no puede en absoluto ser pospuesto de acuerdo a un punto de vista médico. En ausencia de estos dos criterios, o incluso uno de ellos, el médico que no respeta la voluntad del paciente es responsable de las heridas infligidas. Otros casos son la vacunación obligatoria, las enfermedades por transmisión sexual, la tuberculosis y la lepra, la dependencia de tóxicos[27]. La enfermedad mental es el último caso en el cual una persona puede ser sometida a tratamiento médico contra su voluntad[28]. El legislador italiano, al establecer el principio de que los enfermos mentales no pueden ser tratados en contra de su voluntad, admite la posibilidad, con las garantías especiales de la ley y como un hecho extraordinario, de requerir el tratamiento médico sin su consentimiento.

Los principios fundamentales relativos a la cuestión del final de la vida están en los artículos 2, 13 y 32 de la Constitución italiana: estos son los principios generales de protección de los derechos humanos fundamentales y, especialmente, la protección de la libertad individual que debe ser implementada también en las decisiones concernientes a la salud de las personas.

El artículo 2 de la Constitución italiana establece la primacía —no solo jerárquica sino también como valor— de los derechos fundamentales, la elevación de la persona humana como valor más importante en la pirámide del ordenamiento jurídico en el marco del principio «personalista» que ha inspirado al legislador constitucional. Características de los derechos fundamentales son, precisamente, la originalidad y la inviolabilidad, por lo que no se atribuyen simplemente

26 El texto del artículo 5 del Código Civil iItaliano se refiere al tratamiento terapéutico. En particular cuando implican o pueden implicar una reducción permanente de la integridad física, el consentimiento del paciente es eficaz solo si hay considerable peligro para la salud humana. Si el paciente es incapaz de expresar su consentimiento para someterse al tratamiento, la legalidad de este último se hace depender de la existencia de un estado de necesidad.

27 Sin embargo, vale la pena señalar que, como resultado del referéndum italiano de abril de 1993, se suprimen las penas para adictos a las drogas que se niegan a someterse a un tratamiento curativo.

28 La historia de la reforma psiquiátrica italiana es muy conocida y ya ha sido objeto de debate muy interesante.

porque es la República quien los reconoce y garantiza. En particular, el artículo 32 de la Constitución establece que la «República protegerá la salud como un derecho fundamental de los intereses individuales y colectivos, y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie puede ser obligado a un tratamiento de salud en particular, salvo en las disposiciones de la ley. La ley no puede, en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana». En el primer párrafo, la salud se entiende como concepto público, como un interés colectivo, pero en el segundo párrafo, el legislador italiano establece la política relativa a la voluntariedad del tratamiento médico, dejando así planteada la privacidad en las decisiones voluntarias.

Originalmente, el artículo 32 de la Constitución italiana enfrentó obstáculos en la discusión que tuvo lugar en el año 1947 en la labor de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, esta condición no surtió efectos sino hasta hace veinte años, es decir cuando finalmente las ideas contenidas en la disposición constitucional desplegaron sus propios efectos sobre el sistema de regulación general.

En la reconstrucción del concepto jurídico de «salud» ha sido durante mucho tiempo prevalente la dimensión colectiva. En los documentos constitucionales más antiguos la salud era considerada como una restricción a las libertades individuales. Este perfil es muy claro en la Constitución italiana. Esta dimensión de la salud como un interés colectivo está flanqueada por dos elementos: el derecho a la integridad psico-física y el derecho a la asistencia sanitaria. Solo recientemente esta tendencia se invirtió y se habla de un derecho fundamental a la salud autónomo[29].

La integridad psico-física es una dimensión central de la protección de la salud, a pesar de que no se agota en la misma. A partir de 1960, los jueces ordinarios y los jueces de la Corte Constitucional italiana han identificado una perspectiva de protección de la integridad física y mental en la forma de su reembolso directo e independiente del daño biológico, en base a lo dispuesto en la Constitución en el artículo 32 y en el Código Civil, en el artículo 2043[30].

29 Ferrando, Gilda. «Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza». *Rivista Critica di Diritto Privato,* 1998, p. 47. Según esta doctrina, «il dirittoalla salute nella duplice accezione di "diritto alla salute pubblica" e di "diritto all'assistenza sanitaria" —ma anche nei suoi profili privatistici, vale a dire come diritto soggettivo alla salute tutelabile immediatamente anche nei riguardi degli altri soggetti pubblici o privati che possano arrecare un danno» .

30 Con la sentencia del 26 de julio de 1979, número 88, la Corte Constitucional italiana dijo que el artículo 32 de la Consttitución protege la salud "non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto dell'individuo", che "si configura come un diritto primario e assoluto, operante anche nei rapporti tra privati...da ricmprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione".

La protección de la salud individual —como segunda dimensión de la salud en cuanto concepto estático— se extiende a la protección del medio ambiente en el cual se ejerce el derecho a la salud. El daño causado al medio ambiente puede redundar en detrimento inmediato de la integridad psicofísica. En este caso, a diferencia de los daños directos a la salud, es a menudo más difícil identificar la relación de causalidad entre el daño y la acción que lo procura y definir las personas perjudicadas[31].

El reconocimiento del derecho fundamental a la salud —que debe entenderse como una libertad y no como un deber— significa que el individuo puede optar por dejar de curarse, con el único límite de los graves intereses de la sociedad (como las pandemias o el peligro de la propagación de enfermedades perjudiciales para la salud) que pueden justificar el tratamiento médico obligatorio[32].

El derecho a consentir el tratamiento médico se encuentra en el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución italiana. El principio de libre determinación en el cuidado de la salud requiere que los pacientes sean informados sobre el tema.

De hecho, es solo sobre la base de una información adecuada y precisa que se puede ejercer el derecho de elección y expresión del consentimiento. Por supuesto, esto no excluye que puedan existir excepciones: incluso en el caso en el cual la persona no necesite ser curada, siempre es necesaria

31 A finales de 2009, el Tribunal de Apelación de Brescia, como Tribunal del Trabajo, ha concedido a un gerente de negocio una compensación del INAIL (Instituto Nacional de Seguros contra Accidentes de Trabajo) por la aparición de un neuroma en el ganglio de Gasser, tipo de cáncer que había causado en el gerente la incapacidad profesional en un 80%. Mediante un recurso escrito ante el Tribunal de Brescia, presentado el 06/07/2007, el Sr. Innocenzo Marcolini se dirigía al INAIL para obtener el pago de los beneficios de la ley en relación con el trastorno cerebral grave y complejo, según él, de origen profesional. Afirmó que había trabajado como gerente de negocios desde 1981, y en esa calidad, utilizaba el teléfono y los teléfonos para un promedio de 5-6 horas al día durante un período de 12 años; que, usando la mano derecha, tenía el dispositivo telefónico en el oído izquierdo porque con su mano derecha contestaba el teléfono colocado en un escritorio para tomar notas; que esta actividad había causado a él una enfermedad grave por la cual el 17.11.2003 había pedido al INAIL el cumplimiento de la ley; que el INAIL se había negado, negando la relación de causalidad entre su trabajo y los problemas médicos. El INAIL se opuso a la demanda, siempre en términos de falta de causalidad y argumentó por medio de réplica oral para la producción de diversos documentos. Después de haber cumplido con la declaración instructiva y de haberse asegurado el uso intensivo de teléfonos celulares en la relación del perito contratado, el primer tribunal rechazó la solicitud por falta de causalidad, adhiriendo a las observaciones formuladas por el Consultor Técnico (CTU). A la apelación del Dr. Marcolini, respondió el INAIL recordando que no existen estudios científicos fiables con respecto a la nocividad de las ondas electromagnéticas. De los documentos presentados en la corte se muestra que, en junio de 2002, el gerente comenzó a verse afectado por un tumor benigno que afecta a los nervios craneales, especialmente al nervio auditivo. El 8 de noviembre de 2002, el Sr. Marcolini se sometió a una cirugía cerebral para la eliminación de ganglio de Gasser. A la fecham queda todavía un tumor residual demostrado por resonancia magnética después de la cirugía. En el 2004, después de un diagnóstico de una lesión suprarrenal, se sometió a una cirugía en el Instituto Europeo de Oncología con un diagnóstico histológico de feocromocitoma, un tumor poco frecuente, con posible secreción de catecolaminas. El Tribunal de Apelación de Brescia, como tribunal de trabajo, dictó su sentencia para la concesión de una aplicación a la acción del Dr. Marcolini, reconociendo el carácter profesional de su enfermedad, con un 80% de discapacidad (publicado en el 2009).

32 Un límite puede ser la «denegación de asistencia» por razones religiosas: se puede considerar el caso de los Testigos de Jehová que no aceptan las transfusiones de sangre.

una información completa, tanto para los familiares del paciente, como para el paciente.

El derecho a elegir opciones informadas en relación con tratamientos médicos es una consecuencia del principio de autodeterminación, pero sobre todo cumple con los límites resultantes de los reglamentos técnicos de la profesión médica.

El derecho a elegir entre las opciones de tratamiento médico debe ser leído como un derecho a elegir entre el tratamiento que sea considerado adecuado por el médico y no crea una obligación correspondiente a proporcionar cualquier tipo de opción a los pacientes.

VI. LAS FUENTES LEGALES EUROPEAS E INTERNACIONALES EN RELACIÓN AL FINAL DE LA VIDA

La falta de una ley sobre el final de la vida requiere investigar los instrumentos hermenéuticos que están contenidos en el complejo sistema legislativo comunitario e internacional: la referencia debe hacerse, por un lado, a las fuentes de carácter transnacional y, por otro, a las fuentes internas de derecho civil y penal.

En la actualidad, sobre la protección de la salud, razonan varios importantes documentos jurídicos internacionales y algunos tratados internacionales de ámbito regional —entre ellos el Convenio de Oviedo— y varios documentos europeos, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además de estas fuentes, hay que mencionar también varias leyes regionales y diversas fuentes de la disciplina médica, tales como los códigos de conducta de los médicos.

El Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina del 7 de abril del año 1997, aplicado en Italia con el número 145/2001, establece como regla general que si la persona debe recibir una intervención relacionada con su salud está obligada a dar su consentimiento libre e informado[33].

El consentimiento informado es un «obstáculo» para el médico en la medida en que pretende situar el centro de la atención del médico

33 El Convenio de Oviedo fue creado con la intención de construir un sistema de bioética en Europa y fuera de Europa. El Convenio de Oviedo es un hito en los esfuerzos de las instituciones europeas para garantizar la protección de los derechos humanos en el campo biomédico. De hecho, esta herramienta trata de cubrir todo el campo de la bioética médica, abordando la relación entre derechos humanos y la medicina. El Convenio es el punto de partida para la construcción de un sistema europeo, de un bioderecho que se adapta para llegar a un consenso con respecto a temas sensibles relativos a la vida humana. Mediante la ley del 28 de marzo 2001, número 145, el Parlamento italiano ha ratificado el Convenio de Oviedo, junto con el Protocolo Adicional sobre la prohibición de clonar seres humanos. Sin embargo, en Italia no ha entrado en vigor debido a que carece de un procedimiento para su aplicación.

en la persona enferma para quien la información es un derecho real y no una mera licencia. El mismo enfoque está en la Carta de los Derechos Fundamentales, en el artículo 3, donde se afirma lo siguiente: «El derecho a la integridad de la persona. Toda persona tiene derecho a su integridad física y mental. En la medicina y la biología se respetarán en particular: 1. El consentimiento libre e informado de la persona, según lo especificado por la ley [...]». En cuanto a la posibilidad de formular observaciones sobre el futuro tratamiento médico, el Convenio de Oviedo, en el artículo 34, dispone que los «deseos expresados anteriormente acerca de la intervención médica por parte del paciente, cuando la intervención no es capaz de expresar su voluntad, se tendrán en cuenta». Este asunto reconoce el tema de la libertad de expresión y el deseo de la persona enferma de ser tomada en cuenta en relación a los deseos expresados en torno a un futuro tratamiento médico, que eventualmente serán expuestos. Se habla, en la doctrina del derecho civil, de un «derecho a la autodeterminación»; en este caso, el derecho de la persona a ser protagonista en las decisiones relativas a su salud. El concepto básico de esto es que los intereses de la persona van a ser satisfechos adecuadamente si esta elige personalmente la forma y el modo de tratamiento o disposición más compatible con su idea de dignidad. En esta lógica la autodeterminación se convierte en el valor de la medida que sirve para que los intereses sean dignos de protección.

A los que afirman que esto sería una «desregulación» de los sectores más estrechamente vinculados a la esfera personal, incluidos el fin de la vida, se les puede contestar que existe en el sistema del derecho civil italiano el «consentimiento» como medida apropiada para que la persona llegue a comprender y decidir sobre su vida[34]. En este sentido, una de las guías podrían ser los dos documentos, uno presentado por el Comité Nacional de Ingeniería Biomédica, y el otro el Código de Ética Médica. El Comité Nacional de Ingeniería Biomédica (establecida en la Presidencia del Consejo de Ministros), en un importante documento de 18 de diciembre de 2003, declaró lo siguiente: «La directiva anticipada puede ser escrita en una hoja, firmada por el interesado y los médicos, quienes no solo tendrán en cuenta ello sino también deben dar por escrito las razones en caso hubieran acciones que violen esta voluntad».

El Código de Ética Médica[35] afirma, a su vez: «El médico debe guardar respeto a la independencia, la dignidad, la libertad y la voluntad de sanar, libremente expresada por la persona. El médico, si el paciente es incapaz de expresar su voluntad en caso de grave peligro de su vida,

34 SANTOSUOSSO, Amedeo. «Persone fisiche e confini biologico: chi determina chi». En D'ALOIA, Antonio (ed.). *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite.* Milán: Giuffrè, 2003, pp. 145ss.; MAZZONI, Cosimo. «Il corpo nascosto dei giuristi». *Rivista Critica del Diritto Privato,* 26, 3 (2008), p. 340; RODOTA, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto.* Milán: Feltrinelli, 2006, p. 74.

35 El Código de la Ética Médica fue aprobado el 3 de octubre 1998 por el Consejo Nacional de la Federación Italiana de Asociaciones de Médicos dentistas.

no puede dejar de tener en cuenta lo expresado anteriormente». Ambos documentos, aunque no vinculantes para los médicos intérpretes o ejecutantes, han sido un importante punto de referencia, no solo porque se han colocado en el centro de la decisión sobre el tratamiento, sino sobre todo debido a que obligarían al médico en el caso que la voluntad del paciente se manifieste por escrito.

Muy importante es el camino de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema del final de vida: este Tribunal produjo dos sentencias históricas en las que ha tenido que decir y explicar cuáles son los principios formulados en consecuencia. El primer caso ante la Corte se dictó en el año1999, relativo a la historia de un hombre tetrapléjico español, Ramón Sampedro, quien alguna vez dirigió una batalla personal para el reconocimiento del derecho al suicidio asistido.

Desde 1993, el señor Sampedro había avanzado en los tribunales españoles su petición de morir con dignidad, por lo que pidió que no se acuse por el delito de «asistencia al suicidio» al médico que habría proporcionado los medicamentos necesarios para lograr ese fin. Su solicitud fue rechazada por el Tribunal Constitucional español, y fue declarada inadmisible por la Comisión del Consejo de Europa. La hermana del señor Sampedro fue la que contactó con este Tribunal, después de la decisión de los tribunales españoles. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre la violación de los artículos 2, 3, 5, 8, 9, 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) por parte de las autoridades españolas. El demandante lamentaba la violación del artículo 2 de la CEDH, al no habérsele reconocido al señor Sampedro el derecho a una muerte digna, lo que lesionaba el derecho a la vida; también, lamentaba la violación del artículo 3 de la CEDH, por el trato inhumano sufrido por el Sr. Sampedro, dado el terrible sufrimiento del cual no había podido librarse, en virtud de la ley. El apelante también se quejó sobre la violación del artículo 5 de la CEDH, por entender que se lesionaba el derecho a la libertad personal y la libre elección en asuntos relativos a su propia persona. A su vez, consideró que no se respetó el artículo 8 de la CEDH, porque el Estado, con su autoridad, se había inmiscuido en la vida privada del señor Sampedro con una intervención injustificada, ya que la prohibición era desproporcionada; así como el artículo 9 de la CEDH ya que no se había concedido al señor Sampedro la posibilidad de expresar libremente su libertad de pensamiento y actuar en consecuencia; y, finalmente, el artículo 14 de la CEDH, para desafiar la discriminación entre la aceptación del suicidio y la prohibición del suicidio asistido.

La respuesta del Tribunal de Estrasburgo no fue sin embargo, sobre el fondo de la cuestión. Se expidió sobre la falta de legitimación para interponer la acción, por parte del sobrino de Sampedro,

al no ser el titular de los derechos presuntamente conculcados. La apelación se declaró inadmisible en virtud del artículo 35 de la CEDH.

VII. PERFILES DE BIOÉTICA MÉDICA

No se pueden entender muchos de los temas de actualidad relacionados con los testamentos vitales, la proporcionalidad del tratamiento, el tratamiento agresivo, etcétera, si no se entiende bien el significado de la autonomía del paciente. Pero, a su vez, para entender esto, hay que volver a las raíces del «paternalismo médico», que tiene sus orígenes en la antigua cultura griega[36]. Esta visión implicará muchas consecuencias importantes.

El médico, a veces, ve en la relación con el paciente una solicitud implícita y una suerte de reconocimiento, de parte de este, de no saber, como un elemento no explicitado, pero existente en el sustrato, lleno de dinámicas inconscientes, de la relación. No existen dudas acerca de cómo el médico debe comportarse frente a un paciente que pide claramente no ser informado. Si la petición está implícita, existe, sin embargo, un riesgo de arbitrariedad en la interpretación. Si se acepta el principio de que entre un paciente y su médico existe una relación, no solo una prestación de trabajo, entonces es necesario aceptar que este proceso de comunicación incluye también dinámicas no explícitas.

El paternalismo imperante comienza a desmoronarse como consecuencia de varios fenómenos filosóficos y culturales. El primero es el concepto de persona. La idea de la «naturaleza» (*physis*) domina las ideas filosóficas de la Antigüedad hasta el siglo V, confinando la reflexión ética sobre el binomio antitético «naturaleza/artificial». En el siglo V, esta idea empieza a ser gradualmente sustituida por la de la persona que, según la clásica definición de Boecio, luego recogida por Santo Tomás, es «*individua substantia rationalis naturae*». Todo esto implica un cambio de énfasis, para la reflexión moral, desde un orden objetivo a un orden subjetivo. Si, de hecho, la idea de la naturaleza se encuentra fuera del ser humano como pura abstracción conceptual, no es así con la persona, que viene a identificarse con el mismo ser humano hasta que se convirtió en sinónimo. Este es el pasaje que va desde el paternalismo imperante en la relación médico-paciente hacia el logro progresivo de la autonomía.

Existen diferentes perspectivas en torno a la relación entre el procedimiento médico y el valor que tiene que ser atribuido a los diferentes modelos que influyen en las elecciones en la medicina.

36 Gracia, Diego. *Fondamenti di bioetica*. Cinisello Balsamo: San Paolo, 1993, pp. 34-54. En la cultura griega sí había una pareja perfecta, de hecho, aun más, podríamos decir que se presentaba la identidad real de lo natural (*physis*) y moral (ética). Este último ámbito se consideraba, en cierto sentido, como «perteneciente» a la física como un solo pedido grande de la naturaleza.

Ya es ampliamente reconocido que en el modelo paternalista la libertad del paciente era mínima, casi inexistente, siendo el médico el único agente en condiciones de decidir, considerando como decisión adecuada el buscar el beneficio del paciente desde la perspectiva de la medicina. Este modelo se diferencia de aquel llamado contractualista en el cual se absolutiza la voluntad del paciente. Es el modelo que prevalece en los países anglosajones y en la matriz ética «laica». La relación entre el médico y el paciente es vista simplemente como un «contrato», con todas sus características. El médico se convierte en el único ejecutor, responsable en caso de no respetar las cláusulas. No importa la particularidad del sujeto de dicha negociación, siempre y cuando sus requisitos formales se cumplan. En realidad, entre el paternalismo y el contractualismo hay una tercera vía, la de la alianza terapéutica. Como se sabe, el pacto es un compromiso, la sinergia entre aliados múltiples para lograr un objetivo común. El criterio de la alianza terapéutica no absolutiza ninguna de las dos voluntades, ni la del médico (paternalismo) ni la del paciente (contractualismo), centrándose en la realización de un objetivo «común» que es el bien del enfermo. El hecho de que este orden es «común» excluye tanto a un reduccionismo subjetivista como a un reduccionismo objetivista. Los resultados deberán ser investigados y definidos en conjunto. Sin duda, las dos partes (médico y el paciente) no están en el mismo plano, pero esto no es suficiente para impedir la alianza. Si nos remitimos a su significado bíblico más antiguo semita (*berit*), encontramos que se trataba de un «pacto entre desiguales», entre Dios y el pueblo, la diferencia ontológica y el infinito. Sin embargo, pese a la asimetría, eran ventajosos los términos en los cuales el dios rey accedió a reunirse con el pueblo-sujeto. En efecto, como lo demuestra la historia del Antiguo Testamento, aun cuando el pueblo elegido mostró su infidelidad no menguó la fidelidad de Dios. Incluso la alianza terapéutica es un acuerdo entre «desiguales» en la que la corrección y la «lealtad» del médico no pueden depender de la del paciente. En la relación de alianza el médico debe ayudar principalmente con su experiencia profesional, sus capacidades operativas, sus habilidades de comunicación, mientras que el paciente manifestará su voluntad, sus deseos, sus convicciones de conciencia, los niveles de salud, sinergia que tiene como objetivo lograr una unidad con su situación de vida entendida como valor único e irrepetible.

VIII. CONCLUSIONES

La evolución actual de los conocimientos biológicos y médicos han cambiado la concepción original del derecho a la salud. Asociado con el derecho a la salud está la extensión del principio de libertad de investigación, contenido en el artículo 9 y en el artículo 33 de la Constitución italiana.

La frontera es la protección de la dignidad humana, que también puede ofrecer protección legal a los intereses públicos y privados. En los acontecimientos históricos y en relación al devenir del derecho a la salud se percibe el derrocamiento de la relación entre los derechos individuales y los intereses de la comunidad, que es el reflejo de la revolución en la relación ciudadano/estado y libertad /autoridad iniciada por las grandes revoluciones de fin del 1700 en Europa.

Por lo tanto, parece necesario volver a equilibrar nuevamente la cultura de los derechos individuales con una dimensión de solidaridad y responsabilidad en el marco de los asuntos médicos y bioéticos que surgen como una realidad cada vez más evidente.

Recibido: 02/08/2012
Aprobado: 22/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 133-149
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

¿Qué significa en el ordenamiento español el derecho a «vivir con dignidad el proceso de la muerte»?

What does «the right to live the process of dying with dignity» mean in Spanish law?

FERNANDO REY MARTÍNEZ*

Resumen: Se analizan en este texto diversos desarrollos normativos recientes en el ordenamiento jurídico español respecto de los derechos de la persona en el tramo final de su vida. En particular, se intenta aclarar el enigmático sentido de la emergente expresión «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte» y, más allá de su actual configuración como derecho «legal» más que «constitucional», su posible catalogación como nuevo derecho fundamental.

Palabras clave: derecho a la protección jurídica de la vida – derecho a morir con dignidad – derecho a morir – derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte

Summary: Different recent regulatory developments in Spanish legal system are analyzed in this article concerning person's rights at the end of its life. In particular, the author attempts to explain the enigmatic sense of the new expression "the right to live the process of dying with dignity" and beyond its current configuration as a "legal" right—more than a constitutional one—. Also attempts to catalogue it as a new fundamental right.

Keywords: right to life's legal protection – right to die with dignity – right to die – right to live the process of dying with dignity

CONTENIDO: I. EL NUEVO Y ENIGMÁTICO DERECHO «A VIVIR CON DIGNIDAD EL PROCESO DE LA MUERTE».– II. LA CUESTIÓN EN LA ÚLTIMA OLEADA DE REFORMAS DE ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.– III. EL PROYECTO DE LEY ESTATAL REGULADORA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA ANTE EL PROCESO DEL FINAL DE LA VIDA.– IV. CONCLUSIONES: TERMINOLOGÍA Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA EN EL PROCESO DE MORIR.

* El presente texto recoge una conferencia del autor en la Universidad Federico II de Nápoles en mayo de 2011, con las actualizaciones necesarias. El autor es catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid (España), Máster en Bioética por dicha Universidad. Miembro del Comité de Ética Asistencia del Hospital del Río Hortega de Valladolid y consejero del Consejo Consultivo de Castilla y León. Correo electrónico: rey@der.uva.es.

I. EL NUEVO Y ENIGMÁTICO DERECHO «A VIVIR CON DIGNIDAD EL PROCESO DE LA MUERTE»

En los últimos años, diversos Estatutos de Autonomía[1], con sus correspondientes leyes de desarrollo[2], así como un proyecto de ley estatal sobre los derechos de la persona ante el proceso del final de la vida, aprobado por el Consejo de Ministros de 17 de junio de 2011, han vuelto a poner sobre la mesa la cuestión del significado, en el ordenamiento jurídico español, de los derechos personales en relación con las decisiones sobre la salud e incluso la vida en el tramo final de la existencia humana. Esta normativa tiene un indudable interés, dentro y fuera de nuestras fronteras, tanto desde el punto de vista sustantivo (respecto de la dogmática de los derechos fundamentales), cuanto desde el punto de vista del reparto de competencias entre el Estado y los entes políticos sub-estatales (en el caso español, las Comunidades Autónomas).

El artículo 20 del Estatuto catalán, la primera disposición que se ha ocupado de estos asuntos con este nuevo enfoque, lleva la rúbrica o *nomen iuris* del «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte», un derecho nuevo, de contenido un tanto enigmático. Inicialmente, el texto que aprobó el Parlamento catalán, antes de su aprobación definitiva por el Parlamento estatal, hablaba del derecho «a morir con dignidad». En el trámite parlamentario se modificó, creo que con buen criterio, el nombre.

La expresión «derecho a morir (con dignidad)» es tan expresiva como deliberadamente equívoca. Desde luego, no tiene un sentido preciso porque la muerte, más que un «derecho», es un «hecho», fatalmente inevitable por lo demás. En el influyente derecho norteamericano, el *right to die* se ha convertido en una rama del ordenamiento, de reciente creación, pero de desarrollo fulgurante, cuyo contenido, bastante variado (pues comprende disposiciones constitucionales, penales y de derecho de daños), remite a la regulación sobre el modo en que pueden adoptarse las decisiones en orden a rehusar el tratamiento médico

1 Aunque diversos Estatutos albergan derechos de decisión del paciente en el final de su existencia, sobre todo, como veremos, el derecho de instrucciones previas o testamento vital y el derecho a los cuidados paliativos, la expresión «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte» se recoge expresamente por primera vez en el Estatuto catalán (ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña). Por su parte, el Estatuto de Andalucía (ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía) se refiere, también en su artículo 20, al derecho a la «dignidad ante el proceso de la muerte».

2 La primera norma, que marca la impronta es la ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte del Parlamento de Andalucía; a esta norma le sigue la Ley de Aragón 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. Y aunque todas las Comunidades Autónomas tienen leyes de desarrollo de la ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, puesto que son competentes en materia de protección de la salud, es interesante destacar también la Ley Foral de Navarra 17/2010, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra porque en diversas partes de su articulado contempla derechos afines respecto de aquellos que estamos examinando en este estudio.

de soporte vital o a la toma de decisiones sobre el final de la vida, pero la mayoría de autores se niega a comprender en él la eutanasia activa directa ni el suicidio asistido por un médico.

Con el «derecho a morir» se alude, pues, allí a lo que conceptualmente podemos denominar eutanasia activa indirecta (o medidas de doble efecto, paliativas y de acortamiento de la vida) y, sobre todo, eutanasia pasiva (o limitación de esfuerzo terapéutico). A veces, se utiliza como expresiones sinónimas «muerte natural» y/o «muerte con dignidad», frente a una deshumanizada «medicina de aparatos» ante la que las personas pueden convertirse finalmente en víctimas más que en beneficiarios. Su acta de nacimiento se remonta al caso *In re Quinlan*, decidido por la Corte Suprema de Nueva Jersey en 1976. Desde ese año, los tribunales estadounidenses han venido resolviendo decenas de asuntos y los legisladores de la mayor parte de los Estados han dictado alguna regulación al respecto. En la actualidad, como ha observado Alan Meisel, citando la Sentencia *Thor v. Superior Court* (1993) de la Corte Suprema de California[3], hay «un creciente consenso judicial […] que reconoce uniformemente el derecho del paciente a controlar su integridad corporal como el factor esencial en la determinación del equilibrio de intereses».

Entre nosotros, inicialmente el Parlamento catalán aprobó el proyecto de Estatuto con la denominación «derecho a morir con dignidad», pero, como se ha indicado, el Parlamento estatal la cambió por la de: «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte», que es una expresión más afortunada por tres razones: i) porque describe mejor el contenido del derecho (que no es tanto un derecho a morir, cuanto a vivir dignamente el proceso final de la existencia); ii) porque no existe (por lo menos hasta el momento) un derecho constitucional a morir (o, más precisamente, a elegir morir), según ha subrayado en diversas ocasiones tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto Pretty contra Reino Unido, de 29 de abril de 2002, como el Tribunal Constitucional español[4]; iii) y, por último, porque, de existir un derecho de este tipo,

3 MEISEL, Alan. *The Right to Die*. Segunda edición. Nueva York: Wiley Law Publications, 1995, p. 39. Incluye un *cumulative supplement* de 2003 en colaboración con Kathy CERMINARA. Los puntos principales de tal consenso serían los siguientes: i) Los pacientes capaces tienen un derecho constitucional a rehusar el tratamiento. ii) Los pacientes incapaces tienen los mismos derechos que los capaces. Los que deciden por subrogación de los pacientes incapaces deben intentar en primer lugar realizar las preferencias de estos expresadas antes de perder la capacidad de decidir; si tales deseos no fueran conocidos, las decisiones deberán adoptarse en función de la defensa de sus mejores intereses. iii) El proceso de toma de decisión debería ocurrir normalmente en sede médica, sin recurso a los tribunales (que solo deberían pronunciarse cuando se planteara algún problema). iv) La eutanasia activa y el suicidio asistido son conductas ética y jurídicamente distintas del rechazo al tratamiento médico que sostiene la vida.

4 En la STC 120/1990 se lee: «tiene […] el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte», tesis que se reitera en la STC 154/2002. Para un examen extenso de ambas decisiones, permítaseme la remisión al libro REY MARTÍNEZ, Fernando. *Eutanasia y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC/TC, 2008.

dada su ligazón con el derecho a la protección de la vida, uno de los derechos fundamentales, su desarrollo correspondería al Estado y no a las Comunidades Autónomas.

Pero, además, en mi opinión, el concepto de «morir con dignidad» y el de «vivir con dignidad el proceso de la muerte» no coinciden. La expresión «morir con dignidad» es anfibológica. Con ella se suele aludir indistintamente hasta tres situaciones bastantes diferentes entre sí. En primer lugar, y quizás con carácter más habitual, se identifica con el control de los síntomas de la enfermedad terminal o aquella que produzca graves sufrimientos de tipo crónico. En este contexto se sitúan tanto las medidas y tratamientos de doble efecto (eutanasia activa indirecta —aquí se ubica el derecho a los cuidados paliativos—), como las limitaciones de esfuerzo terapéutico (eutanasia pasiva); ambas conductas son atípicas desde el punto de vista del derecho penal. En este punto se plantean los problemas más importantes y comunes en relación con el final de la vida humana. Cuando una persona normalmente formula su deseo de «morir con dignidad» está pidiendo, ante todo, una agonía sin dolor físico y en un entorno personal y médico adecuado. La importancia social de este sentido de la expresión «morir con dignidad» es inversamente proporcional a los problemas jurídicos que presenta, que son mínimos. El consenso en la comunidad jurídica sobre la validez jurídica de las medidas dirigidas al control del dolor, incluso aunque ello conlleve la aceleración de la muerte del paciente, o la interrupción de un tratamiento de soporte vital, es máximo.

En segundo lugar, con la expresión «morir con dignidad» se invoca la importancia de la voluntad del enfermo a la hora de adoptar las decisiones en el final de su vida. De ahí que el asunto de los documentos de instrucciones previas o voluntades anticipadas o testamento vital también se haya incorporado al contenido de este nuevo derecho de los Estatutos dentro de aquella rúbrica. Morir con dignidad significa que el protagonista del proceso que conduce a la muerte es el propio enfermo y no su entorno. Es la decisión del paciente y no la (normalmente) benevolente conspiración del médico y allegados del enfermo la que debe primar. En el contexto del nuevo paradigma de relación médico/paciente de la autonomía del enfermo, basada en el principio del consentimiento informado, esta línea de argumentación también parece clara y tampoco parece suscitar demasiados problemas, o insalvables, en la práctica.

Pero por «derecho a morir con dignidad» en ocasiones también se quiere significar el suicidio asistido por médico y la eutanasia activa directa y voluntaria, como manifestaciones más radicales del control de los síntomas de la enfermedad terminal y de autonomía de la voluntad del paciente. Este sentido sí es problemático desde el punto de vista jurídico

puesto que la facultad de poner a disposición la propia vida por uno mismo, ayudado por otros (suicidio asistido), o por terceros, aunque sea por móviles humanitarios y a petición del enfermo (eutanasia activa directa) siguen siendo castigadas por el artículo 143 del Código Penal.

Ahora bien, así como el derecho a morir con dignidad podría comprender, al menos teóricamente, los tres sentidos descritos, el «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte» solo abarcaría los dos primeros sentidos mencionados, pero de ninguna manera el tercero. Esta es la hipótesis exploratoria de este trabajo, la determinación del contenido de este nuevo derecho, con un sentido de menor contenido que el derecho a morir con dignidad, pero más coherente con la prohibición penal en nuestro ordenamiento de la eutanasia y el suicidio asistido. Sin duda, es preciso un intento de clarificación conceptual. En España, este nuevo derecho lo introducen los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz, esto es, se trata de un derecho de clara naturaleza legislativa. Por el momento, es un derecho legal y no constitucional. De ahí que analicemos, a continuación, las normas autonómicas que configuran su contenido. Sin embargo, una cuestión dogmática interesante que abordaremos tras dicho análisis es si estamos en presencia de un nuevo derecho que pudiera llegar a tener, incluso, estatura constitucional, es decir, que podría reconocerse expresamente en una eventual reforma constitucional futura (en España o en cualquier otro lugar), o que podría, incluso, mientras tanto, deducirse de la tabla de derechos ya existente. En otras palabras, nos plantearemos si se trata de un derecho legal llamado a convertirse en derecho constitucional fundamental.

II. LA CUESTIÓN EN LA ÚLTIMA OLEADA DE REFORMAS ESTATUTARIAS

Las modificaciones recientes de algunos Estatutos de Autonomía, empezando por el de Cataluña, han reconocido, dentro de la tabla de derechos que incorporan, el derecho a «vivir con dignidad el proceso de la propia muerte». El texto de Estatuto que aprobó el Parlamento de Cataluña el 30 de septiembre de 2005 incluyó, un artículo, el vigésimo, bajo la rúbrica «derecho a morir con dignidad», con el siguiente contenido:

> 1. Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad el proceso de su muerte. 2. Todas las personas tienen derecho a expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y tratamientos médicos que puedan recibir, que deben ser respetadas, en los términos que establezcan las leyes, especialmente por el personal sanitario cuando no estén en condiciones de expresar personalmente su voluntad.

Esta disposición tenía una redacción deliberadamente ambigua en su rúbrica, «derecho a morir con dignidad», y un contenido incierto, que parecía admitir el reconocimiento en ciertos casos de la eutanasia directa (y así fue advertido en el debate partidista y por los medios de comunicación). Al menos simbólicamente, ya que la prohibición penal seguía vigente, así como la ley estatal básica sobre derechos del paciente, que establecía —y establece— un marco bien preciso de límites, también para los documentos de instrucciones previas o voluntades anticipadas a los que se refiere el apartado segundo. La norma no podía, obviamente, despenalizar la eutanasia directa en ningún caso, pero su redacción era simpática a esta posibilidad y parecía animar (dada la situación de las mayorías políticas del momento en Cataluña y en Madrid) una promesa de reforma estatal en clave despenalizadora. En este sentido, fue leída como un triunfo político (de ningún modo jurídico) de los partidarios de la despenalización de la eutanasia[5]. Quizás por ello tal redacción no prosperó en la tramitación de la reforma del Estatuto en el Congreso de los Diputados. El debate giró, a instancias del nuevo acuerdo entre el grupo socialista y el convergente, hacia el reconocimiento del derecho a recibir adecuados tratamientos paliativos, lo cual supuso una inteligente manera de desactivar el problema planteado. La relación inversamente proporcional entre la calidad de los cuidados paliativos y la necesidad de eutanasia activa es un argumento que aparece de modo crónico en el debate sobre la eutanasia.

La redacción que finalmente se aprobó en el Estatuto catalán suprime la indefinida rúbrica «derecho a morir con dignidad» y la sustituye (también en el artículo 20) por la expresión «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte»[6], que también es ambigua, pero que se refiere no a un supuesto «derecho a morir con dignidad», sino, en positivo, por decirlo así, a «vivir con dignidad» el proceso de la propia muerte. Su ubicación sistemática en el mismo apartado donde se reconoce el derecho del paciente a los cuidados paliativos permite precisar o tematizar ya, en alguna medida, su campo de aplicación. A pesar de este intento de suavizar y reconducir la cuestión[7], es dudoso

5 Hay que recordar que los dos socios minoritarios del tripartito catalán, los republicanos y los comunistas/verdes eran entusiastas partidarios de la despenalización de la eutanasia (sobre todo, los últimos) y que el socio mayoritario, el PSOE, había incluido en el programa de las últimas elecciones generales la promesa de la despenalización, aunque la aparcó para la segunda legislatura, en la que tampoco la promovió. En mi opinión, el sentido político de este inicial artículo 20 era el de presionar al Gobierno de Madrid para que promoviera una reforma del Código Penal en esta dirección, conscientes las autoridades políticas catalanas de su manifiesta carencia de competencia.

6 Que vuelve a aparecer en el apartado primero: «Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte». El párrafo segundo, sobre el documento de voluntades anticipadas, se mantiene intacto en la redacción finalmente aprobada del Estatuto (artículo 20.2).

7 Es significativa en este sentido la declaración de un diputado de CiU (Convergència Democràtica de Catalunya i Unió Democràtica de Catalunya), J. Sánchez Llibre, tras la aprobación de la enmienda transaccional que modificó la redacción original: «Queremos dar este mensaje de tranquilidad, de serenidad a todos los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña. A través de estas modificaciones y de

que una Comunidad Autónoma pudiera regular aspectos concernientes a derechos tan personales (vida, integridad, etcétera) como los aquí invocados.

No obstante, la impronta del Estatuto catalán se deja sentir en este punto, como en tantos otros, en el nuevo Estatuto andaluz, concretamente en su artículo 20[8]. Con una redacción más sencilla, el contenido del precepto es prácticamente idéntico. La rúbrica del precepto añade la expresión «testamento vital» a la de «dignidad ante el proceso de la muerte». Técnicamente no parece del todo correcto porque no distingue los conceptos de «testamento vital» (al que se refiere en el *nomen iuris* del precepto) y «voluntades anticipadas» (que es a lo que se refiere de verdad en el apartado primero) y porque la yuxtaposición, por ese orden además, de «testamentos vitales» y «dignidad ante el proceso de la muerte» es poco elegante. Los testamentos vitales pueden ser una parte de los documentos de voluntades anticipadas que, a su vez, pueden entenderse como un elemento necesario para que un enfermo inconsciente sea tratado en el momento de su muerte con dignidad[9]. De modo que habría una relación de especie (testamento vital) a género (dignidad en el proceso de la muerte) que hubiera aconsejado imitar aun más al Estatuto catalán para especificar en la rúbrica tan solo la expresión «dignidad en el proceso de la muerte». O una expresión similar: la redacción andaluza solo cambia respecto de la catalana al reclamar que el derecho a la dignidad en el proceso de la muerte haya de ser «plena»[10], a mi juicio, un simple pleonasmo porque, evidentemente, la dignidad solo puede presentarse de modo pleno, como la misma vida: se tienen o no. *Tertium non datur*.

Así pues, al Estatuto andaluz le ocurre en este punto como a algunos investigadores noveles, que pueden ser buenos u originales, pero no ambas cosas a la vez. En cualquier caso, la innovadora línea emprendida por el estatuyente catalán en relación con la identificación de un «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte» solo ha sido seguida por el andaluz y no por el resto de Estatutos reformados[11], pero todos ellos, siguiendo su estela, recogen el contenido finalmente atribuido a esta expresión: el derecho a recibir cuidados paliativos, esto es, el derecho frente al dolor físico, y el derecho a otorgar

estas enmiendas podemos afirmar categóricamente que este Estatut ya no configura la eutanasia ni el suicidio asistido» (*La Vanguardia*, 11 de marzo de 2006, p. 19).

8 «1. Se reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establezca la ley. 2. Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte».

9 Sobre este particular, puede consultarse: DE MONTALVO, Federico. *Testamento vital y Constitución: los límites del testamento vital.* Madrid: Cátedra de Bioética, Universidad Pontificia Comillas, 2009.

10 También el artículo 4 a) de la ley aragonesa 10/2011, se refiere, dentro de los «principios básicos», a «la plena dignidad de la persona en el proceso de morir», reclamando además para ello «pleno respeto».

11 Que han sido los de Valencia, Cataluña, Andalucía, Castilla y León, Baleares, Aragón y Extremadura.

un escrito de instrucciones previas, voluntades anticipadas o testamento vital. Así, por ejemplo, el artículo 25.4 de la reforma del Estatuto de Islas Baleares recoge el «nuevo derecho estatutario» a los cuidados paliativos y a «declarar su voluntad vital anticipada», al igual que los textos catalán y andaluz, pero sin la referencia más abierta y problemática al derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte. El artículo 25.4 reza: «Todas las personas tienen derecho a un adecuado tratamiento del dolor y a cuidados paliativos, así como a declarar su voluntad vital anticipada que deberá respetarse en los términos que establezca la ley». Por su parte, el artículo 14.4 del nuevo Estatuto de Aragón no solo no recoge la problemática alusión al derecho a vivir con dignidad el proceso de la propia muerte, sino tampoco el derecho a los cuidados paliativos; se refiere únicamente al documento de voluntades anticipadas: «Todas las personas podrán expresar su voluntad, incluso de forma anticipada, sobre las intervenciones y tratamientos médicos que deseen recibir, en la forma y con los efectos previstos en las leyes».

He tenido oportunidad de comprobar en primera persona, por haber participado en el proceso de redacción técnica de la reforma del Estatuto de Castilla y León, que esta cuestión es, de suyo, políticamente conflictiva. En efecto, la redacción de lo que más tarde sería el artículo 13.2.f), relativo al derecho «a recibir tratamientos y cuidados paliativos adecuados» de la Propuesta de reforma del Estatuto aprobada por las Cortes de Castilla y León el 29 de noviembre de 2006, causó uno de los momentos más críticos y tensos del debate en el seno de la ponencia parlamentaria extraordinaria encargada de la reforma porque el Grupo parlamentario popular, mayoritario, no quería a ningún precio que este texto se pudiera entender como una puerta abierta al reconocimiento (aunque fuera político y un tanto engañoso y «publicitario») de la eutanasia.

De modo que, aunque el debate de los nuevos Estatutos no ha hecho avanzar el reconocimiento jurídico de la eutanasia (por la propia limitación de su factura institucional no podía hacerlo), sí ha provocado, sin embargo, en este punto un interesante resultado: ha consagrado como «nuevo» derecho (dentro de la reciente y discutida categoría de los «derechos estatutarios») uno de naturaleza prestacional, cuyo contenido esencial es triple: el derecho a los cuidados paliativos, el derecho frente al dolor físico[12] y el derecho de consentimiento informado en el proceso del final de la vida, que incluye el derecho a rechazar el tratamiento, incluso de soporte vital, y el derecho a otorgar voluntades anticipadas o instrucciones previas.

12 Los artículos 12.2 g) y 13.2 f) de la Ley 16/2.003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, ya habían establecido como deber del sistema sanitario español el poner a disposición de los enfermos terminales «unidades de atención paliativa».

Pero así como ha sido el Estatuto de Autonomía catalán el primero que ha reconocido expresamente este nuevo derecho, la primera configuración legislativa autonómica de desarrollo ha sido la andaluza. En efecto, la ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte del Parlamento de Andalucía, ha venido a desarrollar el artículo 20 de su respectivo Estatuto de Autonomía. En mi opinión, los aspectos principales de la Ley son los siguientes:

1. No se refiere de ningún modo a la eutanasia activa directa (como no podía ser de otra manera).
2. El rechazo del tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital y la sedación paliativa (esto es, lo que podría denominarse eutanasia pasiva y activa indirecta) se reconocen expresamente. El legislador andaluz tiene muy en cuenta la experiencia del caso Inmaculada Echevarría[13], que es determinante para entender el sentido político de la norma.
3. La ley consolida el derecho de los pacientes a recibir cuidados paliativos integrales de alta calidad (en el domicilio que designen dentro de la Comunidad andaluza: artículo 12) y a redactar un documento en el que hagan constar sus deseos y preferencias de tratamiento para el caso de que no pudieran en el futuro decidir por sí mismas, así como a designar a quien tome las decisiones en su lugar (artículo 9).
4. Se precisan en el Título III (artículos 17 a 21) los deberes de los profesionales sanitarios que atienden a los pacientes en el proceso de muerte y atribuye un conjunto de obligaciones para instituciones sanitarias, públicas o privadas (de fondo, el legislador no olvida que Inmaculada Echevarría tuvo que ser desplazada desde un hospital privado a otro público para proceder a su desconexión y sedación dada la negativa de los responsables del primero a llevar a cabo esas acciones).
5. Se introducen otros derechos prestacionales, que no me parecen precisamente de rango menor: el apoyo a las familias de la persona en situación terminal, incluyendo la atención al duelo (artículo 24), y la provisión de una habitación individual para este tipo de casos (en la que podrán estar acompañados permanentemente por un familiar o persona allegada: artículo 26).
6. Por último, se facilita el acceso de todos los centros e instituciones sanitarias a un Comité de Ética Asistencial con funciones

13 Esta paciente formuló la petición de suspensión del tratamiento con ventilación mecánica que venía recibiendo en los últimos diez años en el Hospital San Rafael de Granada, petición que le fue concedida. El Consejo Consultivo de Andalucía emitió un dictamen favorable. Se trata de un caso claro de limitación de esfuerzo terapéutico. Inmaculada Echevarría falleció por su enfermedad subyacente, aunque, obviamente, fue determinante la interrupción de su tratamiento de soporte vital.

de asesoramiento en los casos de decisiones clínicas que planteen conflictos éticos (artículo 27).

La ley andaluza ha inspirado el contenido de la Ley de Aragón 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. Curiosamente, el Estatuto de Aragón, que es uno de los reformados últimamente, no contempla disposición alguna relativa a este tipo de derechos, lo cual no quiere decir que carezca de menor título competencial que otras Comunidades (el título genérico de protección de la salud es suficientemente habilitante). El título de la ley aragonesa vuelve a modificar parcialmente el *nomen iuris* hasta ese momento utilizado. Ya no se habla del «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte», como en la norma catalana, ni del «derecho de dignidad ante el proceso de la muerte», como en la norma andaluza. ¡Para el intérprete resulta más fácil determinar el contenido de este nuevo derecho que su denominación! El título de la ley aragonesa coincide con la andaluza en mencionar el derecho «de dignidad» (la aragonesa habla también de «garantía») y no se refiere al derecho «a vivir con dignidad» el proceso de la muerte; además, alude al «proceso de la muerte», como las otras normas, pero añade (sin que sea fácil advertir, de entrada, la diferencia) el proceso «de morir». A pesar de estas variaciones terminológicas, que tendremos oportunidad de valorar más adelante, el contenido de la norma aragonesa coincide casi punto por punto con la norma andaluza. Entre las peculiaridades más notables, sin embargo, procede señalar las siguientes:

1. La ley aragonesa contiene una regulación algo diferente en relación con los menores de edad. No solo asume la tesis normativa general española de la equiparación del menor de 18 años, pero mayor de 16 con los mayores de edad, sino que va algo más allá puesto que el artículo 11.3 de la ley, de modo sorprendente, en mi opinión, permite a los niños mayores de 14 años (con capacidad de decidir) «prestar por sí mismos consentimiento informado y otorgar documento de voluntades anticipadas», con la asistencia de uno de sus padres o del tutor. E incluso el menor de 14 años, si tiene «suficiente juicio para entender el alcance de la intervención sanitaria propuesta», podrá otorgar el consentimiento informado, si bien en este caso necesitará «autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor» (artículo 11.2). Este punto de la regulación (quizá inspirado en la relevancia que el derecho foral aragonés otorga tradicionalmente a la voluntad de los menores) me parece un auténtico despropósito.
2. La disposición adicional segunda ordena al Gobierno de Aragón evaluar la aplicación de la ley en el plazo de un año desde su entrada en vigor y analice «la forma en que la ciudadanía aragonesa enfrenta y vive el proceso de su muerte».

3. Por último, la disposición adicional tercera ordena al Gobierno de Aragón elaborar un plan de cuidados paliativos en el plazo máximo de un año.

En definitiva, Estatutos y leyes autonómicas de desarrollo han ido conformando el sentido y alcance de este nuevo derecho de las personas en relación con el proceso de su muerte. En este contexto, se explica el intento del Gobierno central de dictar una ley con vocación de ser básica, es decir, de extender los nuevos derechos a todos los españoles y de servir como mínimo denominador común normativo de la materia en todo el territorio.

III. EL PROYECTO DE LEY ESTATAL REGULADORA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA ANTE EL PROCESO DEL FINAL DE LA VIDA

El Gobierno (socialista) de la Nación aprobó el 17 de junio de 2011 el proyecto de ley estatal reguladora de los derechos de la persona ante el proceso del final de la vida. Todo parece indicar, sin embargo, que este proyecto, o cualquier versión de él, no llegará finalmente a ser aprobado ya que el final de la legislatura provocó su caducidad y el partido que sostiene al nuevo gobierno, conservador, lo rechazó frontalmente. Esto no quiere decir que los derechos más importantes relativos al proceso del final de la vida no se reconozcan en el ordenamiento español, puesto que tales derechos han sido regulados por la ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (que, en gran medida, incorpora el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997 —ha entrado en vigor en España el 1 de enero de 2000—).

El proyecto era un texto corto, de tan solo 19 artículos. Lo principal de su regulación puede, quizá, contraerse a estas ideas:

1. El proyecto se refiere exclusivamente a las personas «en el proceso final de su vida», que comprende (artículo 2.2) las personas en situación terminal[14] o en situación de agonía[15], pero, eso sí, tanto del ámbito asistencial público como privado (artículo 2.1).

14 «Entendiendo por tal la presencia de una enfermedad, incurable y progresiva, en estado avanzado, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses y en la que pueden concurrir síntomas intensos que requieren una asistencia paliativa especializada».

15 «Definida como la fase gradual que precede a la muerte y que se manifiesta clínicamente por un deterioro físico grave, debilidad extrema, trastornos cognitivos y de consciencia, dificultad de relación y de ingesta y pronóstico vital de pocos días».

2. Los derechos que prevé para los pacientes mayores de 16 años[16] son:

a) Derecho a la información asistencial (artículo 3), clara y comprensible, sobre su estado real de salud, expectativas de vida y calidad de la misma y medidas terapéuticas y paliativas aplicables. El enfermo tiene derecho a rechazar la oferta de información y, en ese caso, deberá designar una persona que acepte recibirla, haciendo constar esta situación en la historia clínica (artículo 3).

b) Derecho a la toma de decisiones (artículo 4): podrán rechazar las intervenciones propuestas por los profesionales sanitarios para su tratamiento, aunque ello pudiera acortar su vida o ponerla en peligro inminente (salvo peligro para la salud pública en los términos del artículo 9.2 de la ley 41/2002). El apartado segundo de este artículo cuarto introduce la cautela de que el rechazo al tratamiento médico «no supondrá menoscabo alguno en la atención sanitaria de otro tipo», sobre todo la paliativa. El consentimiento informado (cuyo contenido es, por supuesto, revocable) deberá ser expreso, constar por escrito e incorporarse a la historia clínica.

Por su parte, los profesionales sanitarios deberían adecuar el esfuerzo terapéutico (artículo 15.2) de modo proporcional a la situación del paciente, evitando la adopción o mantenimiento de intervenciones y medidas de soporte vital carentes de utilidad clínica, en atención a la cantidad y calidad de vida futuras del paciente; en este caso, la adecuación del esfuerzo terapéutico requerirá del juicio coincidente de, al menos, otro médico que participe en la atención sanitaria y se adoptará tras informar al paciente o a su representante, tomando en consideración su voluntad y oído el criterio profesional del personal de enfermería responsable de los cuidados (artículo 15.2).

El consentimiento por representación en casos de incapacidad (artículo 6) se prestará por este orden[17]: i) persona designada como representante en el documento de instrucciones previas; ii) representante legal; iii) cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad; iv) parientes de grado más próximo y, dentro del mismo grado, pariente de mayor edad. El apartado quinto del artículo sexto plantea qué ocurre cuando

16 La norma no introducía especialidades respecto de las reglas generales sobre la mayoría de edad para adoptar decisiones de salud a partir de los 16 años de la ley 41/2002.

17 «Siempre buscando el mayor beneficio y respeto a la dignidad de los pacientes que se encuentren en situación de incapacidad, teniendo en cuenta en todo caso las manifestaciones y criterios que el paciente hubiera realizado con anterioridad a la situación de incapacidad» (artículo 6.4).

exista contradicción entre lo manifestado por el paciente y por su representante: deberá prevalecer siempre la voluntad del paciente, debiendo actuar los profesionales sanitarios conforme a la misma.

c) El derecho a otorgar el documento de instrucciones previas (artículo 7), así como a revocarlo o modificarlo en cualquier momento (artículo 8). Toda persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar tiene derecho a otorgar el documento de instrucciones previas (ya previsto en el artículo 11 de la ley 41/2002, que también prevé la creación de un registro específico), cuyo contenido puede ser: i) manifestar anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y el tratamiento asistencial que desea recibir en el proceso del final de su vida; ii) designar un representante y determinar sus funciones, a las que este deberá atenerse, velando para que se cumpla la voluntad del representado para las situaciones clínicas que este previó y, en caso de que no las hubiera previsto, deberá tener en cuenta las opciones deducibles de las expresamente recogidas en el documento y los valores del otorgante.

d) Derecho al tratamiento del dolor (artículo 9) mediante una «atención idónea», que incluya: i) «cuidados paliativos integrales de calidad[18]»; ii) asistencia domiciliaria en los cuidados paliativos que se precisen; y iii) la sedación paliativa si el dolor es refractario (es decir, resistente a cualquier otro tratamiento).

e) Derecho al acompañamiento (artículo 10), incluyendo el auxilio espiritual de elección, pero siempre que resulte compatible con el conjunto de medidas sanitarias necesarias para ofrecer una atención de calidad. El artículo 19 alberga no como un derecho de los pacientes, sino una obligación de las administraciones sanitarias, el apoyo emocional durante el proceso del final de la vida a los pacientes y a sus familias.

f) Derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 11), un derecho de contenido amplio, que la norma concreta en dos aspectos: i) el derecho a una habitación individual durante su estancia (aunque la norma matiza que «de acuerdo con los medios de que dispongan los centros e instituciones

18 «Entendidos como un conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a la prevención y alivio del sufrimiento de las personas que se encuentran en el proceso final de su vida, por medio de la identificación temprana y la evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos y psíquicos» (artículo 9.2.a).

sanitarias»); y ii) la protección de datos relacionados con su atención sanitaria, historia clínica e instrucciones previas.

El proyecto presentaba algunos aspectos discutibles o mejorables, como, por ejemplo, su rango (por la afectación de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la integridad personal —artículo 15 CE, debiera ser orgánica en algunos aspectos y no simplemente ordinaria—); o que no se refiriera en absoluto a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, entre otros temas. Pero, en definitiva, el proyecto nos resulta útil, leído conjuntamente con la normativa autonómica, para determinar qué se entiende en el ordenamiento español cuando se habla de los derechos en el proceso del final de la vida, que es el objeto principal de este análisis.

IV. CONCLUSIONES: TERMINOLOGÍA Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA EN EL PROCESO DE MORIR

En primer lugar, las vacilaciones terminológicas que hemos encontrado en la normativa española requieren cierta clarificación. Las dudas sobre las palabras suelen manifestar dudas sobre los conceptos. El centro de gravedad de todas las denominaciones legales son las palabras «dignidad» y «muerte». Pues bien, ya hemos descartado la expresión «derecho a morir con dignidad» porque es equívoca e incluye en su significado algún sentido contrario al ordenamiento. En la medida en que este nuevo derecho otorga a sus titulares auténticas facultades judicialmente exigibles cuyo contenido, además, puede modular libremente, esto es, puesto que se trata de un genuino derecho subjetivo, es preferible la expresión «derecho» a la más objetiva noción de «garantía», que subraya la técnica de protección y no tanto la voluntad del titular.

¿Qué expresión es más precisa: «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte» o «derecho de dignidad ante el proceso de la muerte»? La remisión a la idea de dignidad es evocadora, pero, al mismo tiempo, conceptualmente algo perturbadora en la medida en que los derechos fundamentales protegen bienes constitucionales como la libertad, la igualdad, la vida, la salud, la intimidad, el honor, la participación en el proceso político, etcétera, pero no directamente la dignidad como un bien específico. Libertad, igualdad, vida, etcétera, son manifestaciones o concreciones de la dignidad humana, fundamento del Estado y de la sociedad (artículo 10.1 CE). Pero, por otro lado, es cierto que el contenido del nuevo derecho que estamos examinando es, en parte, un derecho de libertad en un contexto determinado (decisiones relacionadas con la propia muerte), que comprende facultades como otorgar o no un documento de voluntades anticipadas, con el contenido que se desee (con la limitación de la prohibición de eutanasia activa directa

y de suicidio asistido), o de rechazar un tratamiento, incluso de soporte vital; pero, en parte, este nuevo derecho tiene un contenido prestacional: el más relevante, el derecho a los cuidados paliativos, el derecho frente al dolor físico derivado de una enfermedad. La idea de dignidad permitiría englobar ambos aspectos, el de libertad y el prestacional o social, pero no es menos cierto que también otros derechos tienen un contenido de libertad y prestacional (pensemos, por ejemplo, en el derecho de educación), sin que haya sido necesario recurrir a la idea de la dignidad en el proceso de la educación o similar. Ciertamente, las regulaciones autonómicas españolas han intentado regular lo que habitualmente se denomina «el ideal de una muerte digna», que es una expresión que plantea problemas porque, ¿qué ocurre con las personas que no mueren así, son personas que mueren indignamente?

El derecho en examen tiene un contenido especialmente heterogéneo también por lo que se refiere a sus titulares porque comprende pacientes terminales[19], pero también personas sanas que puedan decidir escribir o no sus voluntades anticipadas. En realidad, es el proceso de la propia muerte (cercana o futura) lo que da unidad a todos los derechos que engloba.

Recapitulando. Para determinar con precisión la denominación del nuevo derecho, la idea de «derecho» debe mantenerse y también la del «proceso de la muerte» (o la equivalente del «proceso de morir» —pero no, sin más, de un eventual derecho, faústico, frente a la muerte—); la evocación de la dignidad, aunque sonora, puede considerarse redundante. Personalmente, propondría la denominación (por cierto muy cercana a la que preveía el proyecto de ley del Estado) de los *derechos en el proceso de morir* (el proyecto de ley estatal suprimía la mención a la muerte y hablaba, eufemísticamente, del «proceso final de la vida» —expresión que también podría aceptarse—; personalmente encuentro más potente, más expresiva, la alusión a la muerte). No obstante, soy consciente de que en el ordenamiento español ha entrado con fuerza la idea del derecho a «vivir con dignidad» o del «derecho de dignidad» en el proceso de la muerte, de modo que no es probable un cambio de denominación.

¿Qué contenido tendría ese nuevo derecho? Tanto la normativa autonómica, como el proyecto de ley estatal ofrecen pistas claras sobre su sentido y alcance. Desde luego, no incluye el derecho a la eutanasia activa directa y/o al suicidio asistido. Su contenido pasa más bien por el derecho a rechazar el tratamiento, incluso de soporte vital (eutanasia pasiva); el derecho a los cuidados paliativos, incluso la sedación terminal (eutanasia activa indirecta); el derecho a otorgar el documento

19 Incluso a sus cuidadores y familias, como prevén el artículo 24 de la ley andaluza y el artículo 24 de la ley aragonesa.

de instrucciones previas y ciertos derechos prestacionales ligados a la protección de la intimidad (derecho a una habitación individual para el enfermo terminal), a una asistencia específica para el enfermo y su familia, etcétera. Con estos derechos se pretende reforzar la libertad o autonomía del enfermo terminal frente a las decisiones del final de la vida (es una manifestación peculiar del derecho general al consentimiento informado[20]), pero también su intimidad en el proceso de morir, así como la protección frente al dolor y la mejora de las condiciones fácticas presentes en dicho proceso.

En mi opinión, si no todo el nuevo conjunto de derechos personales en el proceso final de la vida o en el proceso de morir, sí, al menos, los más importantes aspectos, tienen ya en España estatura constitucional porque se pueden deducir del catálogo de derechos fundamentales de nuestra Constitución. Concretamente, el derecho a rechazar tratamientos de soporte vital y el derecho frente al dolor físico pueden deducirse, sin gran dificultad, del derecho fundamental de integridad personal del artículo 15 de la Constitución. La interpretación de nuestro ordenamiento, *ex* artículo 10.2 CE, a partir de la Sentencia V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011, permitiría alcanzar tal conclusión. Pero es que ya una Sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 37/2011, de 28 de marzo, ha venido a considerar expresamente el consentimiento informado como un derecho fundamental[21]. Según el Tribunal, el consentimiento informado es algo inherente al derecho fundamental de integridad física: «se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándola» (incluso aunque pudiera conducir a un resultado fatal). Y en el fundamento jurídico tercero, sostiene que el derecho a la integridad personal comprende «una facultad de oposición a la asistencia médica

20 Derecho que, por cierto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido recientemente como una dimensión del derecho a la integridad personal del artículo 3 del Convenio de Roma en la Sentencia V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011. La demandante era una mujer gitana a la que en un hospital público, tras el parto del segundo hijo por cesárea, y ante los riesgos derivados de un eventual tercer embarazo, se la esteriliza, pero sin solicitarle previamente su consentimiento. El Tribunal considera que esta intervención paternalista habría lesionado su derecho al consentimiento informado, es decir, habría violado su derecho a la integridad personal (artículo 3), pero también aprecia un cierto sesgo discriminatorio por motivos racistas. En efecto, la probabilidad de sufrir este tipo de intervenciones es mayor en relación con las mujeres gitanas, dados los prejuicios racistas existentes en el país y, en particular, la idea de que las mujeres gitanas tienen demasiados hijos.

21 El recurrente alegaba una lesión de su derecho fundamental a la integridad física (artículo 3 CE) por habérsele denegado el derecho a ser indemnizado por la pérdida funcional de la mano derecha como consecuencia de la realización de un cateterismo cardiaco sin que se le hubiera informado de los riesgos de la intervención ni se hubiera recabado consentimiento para la práctica de la misma. El Tribunal considera que no son consistentes los argumentos mantenidos por los órganos judiciales ordinarios para desestimar la indemnización: la intervención era urgente, el paciente tenía bastante edad y años atrás ya había sufrido una intervención similar. En efecto, el Tribunal observa que el paciente ingresó en urgencias a las 14:16 del 4 de septiembre de 2005 y el cateterismo no se le practicó hasta el día siguiente; y los jueces no demuestran ni la «gravedad» ni la «inmediatez».

en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal como distinto del derecho a la salud o a la vida».

Por otro lado, el derecho a otorgar un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas también sería deducible de este derecho al consentimiento informado. Es una concreción del mismo cuando el paciente es terminal o sufre una enfermedad grave irreversible y no puede decidir por sí mismo qué medidas adoptar.

Más discutible es que los derechos prestacionales (derecho a una habitación individual o a una asistencia específica para el paciente o los familiares), que en la práctica son muy importantes, formen parte del contenido constitucional esencial. Más bien, parecen ser derechos de estricta configuración legislativa que dependen de las condiciones fácticas y económicas existentes.

En definitiva, el ordenamiento español ofrece en este punto una experiencia hasta cierto punto innovadora que pudiera resultar interesante desde la perspectiva del derecho comparado.

Recibido: 18/07/2012
Aprobado: 15/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 151-168
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia

Human rights and human dignity as assumption of euthanasia

RAFAEL E. AGUILERA PORTALES
& JOAQUÍN GONZÁLEZ CRUZ*

Resumen: El artículo parte de un enfoque filosófico para brindarnos interesantes reflexiones para la compresión de la eutanasia. Para ello, inicialmente analiza las connotaciones que tiene la muerte dentro de la sociedad en la que vivimos para luego presentar una reflexión amplia alrededor del problema de la muerte y la dignidad humana en la sociedad capitalista. Seguidamente, se analiza rigurosamente el concepto de dignidad humana con la finalidad de relacionar su contenido con la reflexión sobre la eutanasia y con el *cuidado de la muerte,* arribando a conclusiones críticas de las regulaciones médicas y legales existentes. Finalmente, se presentan algunas reflexiones y sugerencias sobre los temas analizados.

Palabras clave: dignidad humana – eutanasia – muerte – sociedad clasista – vida

Summary: This article has a philosophical approach to provide us interesting thoughts in order to understand the euthanasia. To that end, initially it analyzes death connotations in the society in which we live followed by a broad reflection around death's problem and human dignity in the capitalist society. Next, a rigorous analysis on human's dignity idea in order to link its content with euthanasia reflection as well as with the end of life care is presented; reaching to critical conclusions of existing medical and legal regulations. Finally, some allegations and suggestions of analyzed issues are submitted.

Keywords: human dignity – euthanasia – death – class-conscious society – life

* Rafael E. Aguilera Portales es profesor titular de Teoría Política y Jurídica, coordinador del Departamento de Filosofía del Derecho del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México, Asimismo, es doctor por la Universidad de Málaga (España) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT). Joaquín González Cruz es profesor ayudante de la cátedra de Antropología Criminológica de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Es, además, investigador colaborador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ACERCAMIENTO AL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA TRANSFIGURACIÓN DE LA MUERTE.– III. EL PROBLEMA DE LA MUERTE Y LA DIGNIDAD HUMANA EN EL SENO DE LA SOCIEDAD CLASISTA.– IV. DIGNIDAD HUMANA: PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA EUTANASIA.– V. LA RESPONSABILIDAD DEL *CUIDADO DE SÍ MISMO* EN LA EUTANASIA.– VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La eutanasia demuestra por sí sola su carácter laberíntico y enmarañado. Dicho carácter, más allá de radicar en su definición, lo hace en su compresión, ya que la actitud ante la muerte, especialmente en estos casos, es muy dispar y problemática. La muerte no deja de asestar golpes en contra de nuestra moral y conciencia: por sí sola representa el límite ulterior de nuestra propia conciencia. Está inscrita, como dice Hegel en *La ciencia de la lógica,* en el *ser-dentro-de-sí*, es el *germen del perecer* radical de nuestra existencia que le da sentido a toda vida. Entonces, en la eutanasia, el conflicto de intereses colectivos *versus* privados puede llegar a tornarse trivial si aceptamos este carácter irreductible y universal de la muerte. Sin embargo, creemos que estamos lejos de este *consenso universal*, por lo cual se desarrollarán algunos argumentos a favor de la eutanasia y la autonomía de la voluntad o la autodeterminación del propio horizonte vital, con la ayuda de conceptos (que lejos de ser constructos conforman actitudes históricas) como el *cuidado de sí* o el *cuidado de la muerte* y dignidad humana, los cuales están íntimamente ligados. Evaluaremos algunos fenómenos relacionados con la eutanasia y nos acercaremos a una concepción de esta mucho más flexible y crítica que pueda cambiar las actitudes «conservadoras» y excesivamente positivistas que la regulan.

Asimismo, en el siguiente trabajo brindamos algunos acercamientos, reflexiones y pautas desde la filosofía para la compresión y guía de las acciones y actitudes relacionadas con la eutanasia. En el primer apartado describimos el estado de la cuestión: las transformaciones y transfiguraciones que la muerte tiene hoy en día en una sociedad subsumida por una ideología y lógica industrial que permea tanto nuestras actitudes cotidianas como las visiones de nuestro mundo. En el siguiente capítulo hacemos una reflexión amplia alrededor del problema de la muerte y la dignidad humana en sociedades «clasistas» del capitalismo tardío. En el tercer apartado se analiza más profundamente el concepto de dignidad humana con el fin de fundamentar y entrelazar la eutanasia con el *cuidado de la muerte*. Realizamos, para ello, un excurso histórico-filosófico desde los estoicos, pasando por nuestra tradición judeocristiana, hasta llegar a Kant, relacionándolo con las necesidades y retos del Estado constitucional. El capítulo posterior problematiza a fondo con respecto a la eutanasia, la responsabilidad del *cuidado de la muerte*,

la dignidad humana y el bien morir. Ello nos sirven como punto de anclaje crítico ante las regulaciones y reglamentaciones tecnificadas médica y legalmente. Finalmente, a modo de conclusión, hacemos unas últimas reflexiones acompañadas de sugerencias sobre los temas tratados a lo largo del trabajo.

II. ACERCAMIENTO AL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA TRANSFIGURACIÓN DE LA MUERTE

La muerte siempre ha estado presente como acontecimiento, como registro en la memoria, como abstracción o como reflexión filosófica. Se nos presenta como hecho universal y particular, como colectiva e individual, social y personal. Ahora, en nuestra cultura actual, la muerte se percibe principalmente como fenómeno externo a la conciencia, como irreversibilidad biológica de carácter puntual y puramente objetivo. Casi nunca se percibe como matiz de la vida, como intrínseca al proceso vital del hombre o condición de posibilidad de la propia existencia. Contrariamente a esto, las representaciones que se tienen de la muerte en la actualidad giran en torno a una extrapolación de categorías y procesos de la producción industrial, tales como empresa, máquina, funcionamiento, descompostura, inservible, productivo, improductivo. En el lecho de muerte la *máquina biológica* marcha o no marcha[1], como alguna vez diría Jean Baudrillard en forma de denuncia contra este tipo de ideología: produce o no produce. Este tipo de razonamientos o *productos ideológicos*, que resultan hegemónicos en nuestra *cultura de masas industrial*, ven la muerte como término de la vida, como déficit y caducidad de la vida[2]. Este trastrocamiento de la percepción, o cambio de posición subjetiva sobre la muerte, define, permea y limita el morir de la mayoría de las personas sumergidas en la lógica del capitalismo tardío.

Por tanto, desde este punto de vista, la eutanasia entendida como «el buen morir» deja de tener su significación ética. El *buen morir* de hoy es el enclaustramiento institucional, el «cuidado» o, mejor dicho, el tratamiento por parte de especialistas: hoy en día presenciamos una expropiación irracional de la muerte por parte de las instituciones de salud y sus profesionales. Uno puede «bien morir», siempre que sea

1 BAUDRILLARD, Jean. *El intercambio simbólico y la muerte*. Caracas: Monte Avila Editores, 1980.

2 Desde esta perspectiva la vida y, en mejores términos, el cuerpo humano, se conciben como un producto más del mercado, un bien comercializable sujeto a las leyes económicas mercantiles capitalistas (neoliberales). Esta idea de la muerte ha sido ampliamente difundida por los medios de comunicación masivos que, a su vez, intensifican esta relación simbólica intersubjetiva; los *mass media* operan como una suerte de supercatalizador, acelerando el proceso de expansión de los significados «posmodernos» sobre la muerte en todo el entramado subjetivo que conforman las relaciones efectivas de la realidad social. Los *mass media*, como la industria cultural adorniana, producen una ilusión que consiste en hacer creer que el mundo exterior, el mundo que se percibe fuera de nosotros, es la prolongación (o extensión) de lo que se conoce en los *mass media* (como la radio, la televisión, el cine y, últimamente, el ciberespacio). Ver HORKHEIMER, Max & Theodor ADORNO. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. Traducción de Juan José Sánchez. Madrid: Trotta, 1998, p. 171.

en una institución y dentro de las condiciones y con los medios que proporcionan los especialistas (en medicina, derecho, electrónica, etcétera.). Por tanto, este *buen morir* es transformado, se le desprende de su acepción de libertad y, consecuentemente, de responsabilidad y moral. En este sentido, la muerte, según la *doxa* más generalizada, tiene que ser objetivada y procesada por la ciencia, se le remueve el elemento ético. El *ethos* que proporciona la muerte es suplantado y, en su lugar, la técnica toma su papel protagónico, *sujetando* a la eutanasia y a todo el *cuidado de la muerte* a un mero proceso técnico y metodológico avalorativo[3].

> En este universo la tecnología proporciona también la gran racionalización de la falta de libertad del hombre y demuestra la imposibilidad técnica de la realización de la autonomía, de la capacidad de decisión sobre la propia vida. Pues esta ausencia de libertad no aparece ni como irracional ni como política, sino más bien, como sometimiento a un aparato técnico que hace más cómoda la vida y eleva la productividad del trabajo[4].

Entonces, recobrar los espacios de realización de la autonomía en un ámbito tan íntimo y personal como la propia muerte constituye una de las tareas fundamentales del hombre. En esta tesitura, tanto Habermas y Foucault abogan por lo mismo: recuperar las libertades perdidas, hacer del hombre más autónomo y creativo, con capacidad para generar su propio horizonte vital. El *buen morir* es una de estas parcelas en las cuales el hombre tiene que ser libre de decidir sin el sometimiento a un aparato técnico que aparenta hacer soportable la muerte. En este sentido, las nociones, especialmente de Foucault y Derrida, sobre el *cuidado de la muerte* nos proporcionan una guía por medio de la cual analizar la regulación (médica, legal, técnica) de la muerte, específicamente de la eutanasia.

Así, la eutanasia, tiene una relación estrecha con estos constructos clásicos de la antigua Grecia sobre el *cuidado de sí mismo*[5] y el *cuidado de la muerte*[6]. El cuidado de la muerte es el cuidado de sí mismo, es cuidado de la vida, del alma. En síntesis: procurarse y ejercitar el arte vivir.

3 HABERMAS, Jürgen. *Ciencia y técnica como ideología*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1986, p. 54. Habermas nos dice que la racionalidad implica una institucionalización de un dominio que se reconoce como dominio político, es decir, ideológico, que encubre los procesos sociales (de legitimación) y vitales del hombre, haciéndoles creer que la técnica y la ciencia son dos «cosas» ahistóricas, inherentes a la sociedad, dadas de antemano, completamente avalorativas que se justifican tautológicamente (que están más allá del bien y del mal).

4 Ibídem, p. 58.

5 En los últimos trabajos de Michel Foucault, que se han calificado como su «último momento», lleva a cabo un excurso en relación a toda su obra a través de un análisis que parece desviarse de todo su corpus teórico. Así, deja de lado los estudios genealógicos de la microfísica del poder para adentrarse en una clase de historia de las ideas de la sexualidad, donde trata de establecer el límite en el que la antigua ética griega de la «inquietud de sí» se disuelve o se transforma en la confesión cristiana, con el fin de poder llegar a un acercamiento sobre la «génesis» o producción de la subjetividad moderna. FOUCAULT, Michel. *La hermenéutica del sujeto*. México D.F.: FCE, 2006; *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. Traducción de Ulises Guiñazú. México: Siglo XXI, 2005; *Historia de la sexualidad. La inquietud de sí*. Traducción de Tomás Segovia. México: Siglo XXI, 1987.

6 DERRIDA, Jacques. *Dar la muerte*. Barcelona: Paidós, 2006.

Como tal, no es una significación pasiva: es movimiento, en cuanto se dirige al otro y existe una relación de responsabilidad y empatía hacia el otro. Es fundamentalmente activa, ya que se requiere de un ejercicio constante que dura toda la vida[7]. El cuidado de la muerte (*melete thanatou*) es *un ejercicio vital*, no entendido como el respirar, que más bien es un automatismo biológico, sino como una *necesidad* en términos hegelianos, en el cual se asume la responsabilidad y se le confiere dignidad a la propia muerte. Así también, *el cuidado de la muerte* es sacrificio, «dar la muerte», como diría Derrida, sería «morir por el otro, así pues dar la vida quizá, dándose la muerte, aceptando la muerte dada»[8].

Por tanto, el *cuidado de la muerte* está íntimamente ligado con la dignidad humana. Solo quien cuida su muerte tendrá una muerte digna y, la medida en que una persona practique el *cuidado de la muerte*, será la medida en que uno tenga una muerte digna. Sin embargo, el razonamiento no termina aquí. El *cuidado de la muerte*, como habíamos dicho, es una práctica que toma toda la vida, es el ejercicio del arte de vivir. Por tanto, el *cuidado de la muerte* no se lleva a cabo momentos antes de la muerte, sino en el transcurso de toda la vida consciente. De ahí que sea un *ejercicio vital*, así como una práctica dignificante. En este sentido, si la dignidad humana es un presupuesto básico y *radical* del hombre, entonces el *cuidado de la muerte*, y la eutanasia comprendida dentro de ella, también lo deben ser, ya que los dos están inscritos en la vida misma.

III. EL PROBLEMA DE LA MUERTE Y LA DIGNIDAD HUMANA EN EL SENO DE LA SOCIEDAD CLASISTA

No hay igualdad[9] ante la muerte. En el seno de una sociedad de clases, la muerte no es democrática, no se *reparte equitativamente*[10]. Al contrario, nacer en algunas partes del mundo como en Bangladesh, Palestina,

7 Marco Aurelio. *Meditaciones.* Madrid: Gredos, 1994.

8 Derrida, Jacques. Ob. cit., p. 22.

9 Para una análisis concienzudo y una panorámica amplia y clara sobre la igualdad desde los ámbitos normativo, axiológico y político, ver Aguilera Portales, Rafael Enrique. «La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental». En Figueruelo, Ángela (coord.). *Igualdad. ¿Para qué?* Granada: Comares, 2007, pp. 15-49.

10 Tal vez deberíamos de cuestionar en este sentido la teoría de la justicia de John Rawls. El contenido de sus planteamientos sobre la justicia distributiva y sobre cómo las instituciones sociales más importantes regulan, o deberían de regular esta distribución, no contempla la dimensión del fenómeno de la muerte y todo lo que esto implica. Los servicios de sanidad, salubridad y protección se encuentran repartidos evidentemente de manera inequitativa. Si la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, los hospitales y todo el sistema sanitario son tan injustos como cualquier sistema o institución política, asistencial o financiera. Dicho sistema ni amplía el sistema de libertades clásicas, como lo pretende su principio de igualdad, y tampoco estructura las desigualdades económicas y sociales en beneficio de los desfavorecidos, como su principio de diferencia propone hacerlo. Asimismo, si las instituciones son herramientas prácticas con funcionalidad espacial que sirven para articular y plasmar una clase de subjetividad social ética/política como la justicia, entonces, nos encontramos muy lejos del ideal de igualdad del Estado democrático de derecho. Al respecto, ver Rawls, John. *Teoría de la justicia.* Madrid: FCE, 1978; *El liberalismo político.* Barcelona: Crítica, 1996.

Sierra Leona, Irak, entre otras localidades, significa estar destinado a una muerte prematura y, muchas de las veces, horrible. En esta sociedad tardocapitalista, solamente cuando las personas están muertas, cuando se oponen dos cadáveres de distinta procedencia y clase y se presentan como cuerpos inertes, es cuando son totalmente iguales entre sí.

La ideología imperante (en este caso la capitalista-consumista) impone indefinidamente su sistema de significaciones, un orden simbólico de lo que constituye *su* realidad. En este sentido, la muerte es usada como *instrumento simbólico* para persuadir, influir, intervenir y *engañar* a las clases subyacentes con el fin de controlarlas. Incluso, la muerte es usada como medio de dominación, es reabsorbida y reterritorializada en el plano de los flujos del capitalismo[11]. Así, no es más que otro instrumento utilizado por los agentes capitalista-mercantilistas con el fin de permanecer con el control, para seguir acumulando riquezas y obtener más poder. Esta instrumentalización de la muerte forma parte de las múltiples consecuencias que conlleva el sistema socioeconómico del capitalismo tardío y, lo que algunos han denominado, la era de la *posmodernidad*. Es decir, un momento histórico regido por una subjetividad axiomática constituida en base a las relaciones fabriles y empresariales que instrumentalizan medios como fines indistintamente.

Podemos encontrar muchos lugares en donde se organiza el poder[12] del sistema capitalista en torno a la muerte. Los cementerios son un ejemplo muy representativo acerca de este epifenómeno. Los grandes mausoleos y las lujosas lapidas están separadas y solo son usadas por la clase opulenta, por aquellos que pueden pagar una muerte «rica», una «muerte dorada»; como si se creyese que en el cielo existen las clases sociales y las castas, emulando las creencias antiguas, y que con lo hecho se asegura un estatus en el más allá. Mientras los pobres y todos aquellos marginados y excluidos de la distribución de bienes, de derechos y del reclamo de estos derechos, caen amontonados sobre el suelo que los acompañó en innumerables noches. Estas personas casi no tienen, o no tienen, ni una sola posesión y dinero para poder *asegurarse* una vida en este mundo terrenal y celestial. Los ricos gastan una fortuna en un ritual majestuoso, con lujos exorbitantes con los cuales se les podría asegurar una vida digna a miles de personas. En cambio, para los marginados, su lugar está en las fosas comunes, los anfiteatros, las universidades o cualquier lugar. Definitivamente los pobres tienen infinidad de lugares donde caerse muertos y eso es lo reprochable, que no les den un lugar decente donde yacer.

11 DELEUZE, Gilles & Felix GUATTARI. *El Anti-Edipo.* Barcelona: Barral, 1973.
12 Ver FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder.* Traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Madrid: La Piqueta, 1978.

La dignidad no es respetada ni protegida en la muerte en una sociedad donde las desigualdades y polarizaciones sociales son cada vez más agudas y estructurales. Ahora, un animal cualquiera, en especial, las mascotas, «*tienen*» una muerte más *digna* que cualquier hijo nacido en la sierra chiapaneca mexicana o en Sierra Leona. A los animales se les inyecta y se los trata terapéuticamente; «se les aplica la eutanasia», se les entierra, incluso incinera. Mientras tanto, a los desdichados sin suerte, predestinados a morir cruelmente, se les deja podrir donde sea; claro, siempre y cuando no interrumpan la vida cotidiana de aquellos que se consideran más importantes, les causen problemas de conciencia y conflictos morales o, simplemente, les produzcan un disgusto estético. Como dice acertadamente Ziegler: «Los moribundos no tienen ya estatuto y en consecuencia no tienen dignidad. Son clandestinos, *marginal men* cuya angustia se empieza a adivinar»[13].

Quitarle a la muerte esta máscara simbólica, *desclasarla* y hacerla universal, *democrática*; que sea equitativa, que la mayoría, y no solo los autoconsiderados poderosos, tengan el derecho a una vida digna y, por consecuencia, a una muerte también digna es una tarea inaplazable. Se olvida que existe una identidad radical que une a todo ser humano, a toda persona una con otra. Esta identidad es «pre-social», o, dicho en términos marxianos, es *esencialmente social*. Esto quiere decir que no está «manchada» ni «contaminada» por signos o símbolos predeterminados dados apriorísticamente por una clase y un tipo de personas[14]. Esta *identidad socio-ontológica* nos pone ante nuestros ojos una igualdad irreductible con todos los seres existentes, los que perecieron y los que están por venir. Es una igualdad que es anterior a todos los procesos sociales complejos.

Adueñarse de nuestra propia muerte es una de las tareas que debemos de realizar, recuperarla *para* nosotros y el *otro*. Como Sócrates dijo, y después pudimos ver en su coherencia práctica: *el procedimiento de morir es una fase esencial de la vida*. Si la vida es la búsqueda de la verdad, la muerte vendría a revelar esa verdad. «[…] La muerte abre la puerta del saber absoluto. El alma, por fin liberada del cuerpo, puede llegar al conocimiento puro»[15].

El *cuidado de la muerte* es precisamente esta búsqueda vital que solamente se logra y se finaliza con la propia muerte. Y, ¿quiénes más que las personas «candidatas» a la eutanasia están tan cerca de este proceso subjetivo

13 Ziegler, Jean. *Los vivos y la muerte.* México D.F.: Siglo XXI, 1976, pp. 280-281.

14 La «naturalidad» irreductible del hombre es social y cultural. Nuestra identidad biológica está condicionada y dada de antemano por un reconocimiento con el otro (y Otro) que solo es posible dentro del fuero de lo social. En este sentido, la identidad se construye en base a una intersubjetividad: la conciencia de sí solo puede ser tal cuando existe un reconocimiento del otro, una conciencia del otro.

15 Ibídem, p. 243.

único e irremplazable? También es cierto que la verdad se encuentra en el proceso, pero el resultado, el final, la decisión y la posición ética *radical* se encuentran en los últimos momentos de vida, en ese acercamiento irrepetible a la propia muerte. Así es como la muerte puede abrir por *fin* la *puerta del saber absoluto*.

Entonces, debemos de conquistar nuestra muerte, arrebatarla de la indiferencia, entrenarnos en el arte de morir y de la muerte (*melete thanatou*), adquirir las libertades del espíritu y de la vida misma, educarnos para la muerte como se nos educa para comer o para nuestra profesión. Debería ser una tarea de todos para nuestra supervivencia. Ya que todos vamos a morir, o mejor dicho, todos debemos morir, es urgente el aprendizaje y la instrucción del morir, de la «muerte feliz».

La muerte es nuestro único destino seguro; es la única certeza, por no decir verdad, de nuestra vida. Sin la muerte el hombre no tendría un destino o un fin. La vida no tendría sentido si se la privara de la muerte. En este sentido, nuestros fines, límites y destinos le dan significado a nuestra vida. Por lo tanto, nuestra libertad no existiría sin la presencia de la muerte.

IV. DIGNIDAD HUMANA: PRESUPUESTO FUNDAMENTAL DE LA EUTANASIA

El derecho a la vida constituye el derecho *fundacional y esencial* en cuanto actúa como sedimento sustancial y base fundamental de inmanencia de los restantes derechos humanos, sin el cual estos derechos no tendrían existencia o sentido posible. Sin embargo, no hay que confundir el derecho a la vida con la vida en sí misma. La dignidad del hombre es inherente a la vida misma y no al derecho que la contempla. Por esto mismo, el estudio del derecho a la vida presupone inevitablemente el estudio del concepto de *persona* y *dignidad humana* que se entrelazan con el *cuidado de sí mismo* y el *cuidado de la muerte*.

Con el pensamiento estoico[16] apareció cierta idea de respeto e igualdad entre todos los seres humanos dotados de razón. No obstante, el concepto y valor de persona, tal como nosotros lo concebimos, se incorpora a nuestra cultura de mano de la tradición judeocristiana, una tradición profética-sapiencial que conforma un núcleo importante de nuestra cultura occidental y que configura toda la subjetividad moderna hasta nuestros días[17].

16 No hay que olvidar que fue en este mismo período en el que surgió la noción de *melete thanatou* o cuidado de la muerte como problema fundamental de la vida, con los grandes estoicos Séneca y Marco Aurelio principalmente, tema analizado precisamente por Derrida y Foucault.

17 Ya habíamos señalado el trabajo de Foucault sobre la constitución y orígenes de la subjetividad (de los sujetos), que rastreó desde los griegos hasta el cristianismo renacentista en sus últimas obras. Su *Historia de la sexualidad* y sus cursos sobre *La hermenéutica del sujeto* se vinculan con un esfuerzo

En la concepción del judaísmo y cristianismo, los seres humanos hemos sido creados por Dios a imagen y semejanza suya, con lo que se amplía el horizonte estoico. Si bien todavía no se utiliza la palabra *persona*, se vislumbra el horizonte que lo compone. Con el cristianismo, el concepto de persona hace su irrupción en la historia: *todos los seres humanos somos personas*. En la *Epístola a los Gálatas* de San Pablo se afirma: «Por la fe de Cristo Jesús todos somos hijos de Dios [...] Ya no hay más judío ni griego, esclavo o libre, varón o hembra: todos sois uno en Cristo Jesús» (3, 26-29). Sin embargo, no hay que entender esto como una afirmación excluyente ulterior a la manera del liberalismo «tolerante», en el que sus representantes excluyen como *personas* a los que aparecen ante sus ojos como radicalmente *otros*, o como una forma de respeto y tolerancia a distancia: te respeto y tolero pero no te acerques a mí. Hay que entenderlo como una premisa fundamental ontológica, no solo del judeocristianismo, sino de muchas doctrinas y prácticas religiosas, un imperativo de la razón. Es decir, todos somos iguales en nuestra constitución bioontológica, todos compartimos el mismo principio y el mismo final.

Esta definición de persona judeocristiana se mantiene prácticamente igual hasta la Ilustración, cuando es reformulada por Immanuel Kant desde una visión secular. La persona es un *fin en sí mismo*, dado que es un ser autónomo y creativo (capaz de darse a sí mismo normas morales). Debido a que las personas somos autónomas y, por tanto, *fines en sí mismas* y dignas de respeto, es posible que la razón halle en la ética un imperativo moral incondicionado, es decir, cumplido por todos, si queremos que nuestra conducta sea moral. Kant enuncia esta norma en el valor absoluto de todas y cada una de las personas en su libro *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*: «Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio»[18].

La respuesta de Kant es clara y contundente: los seres humanos no tienen precio, no son un medio o instrumento para nadie, no pueden intercambiarse por un equivalente, sino que tienen *dignidad***.** Esto nos ayuda un poco a comprender el carácter incondicional de la dignidad del hombre en el *cuidado de la muerte* y consecuentemente en la eutanasia.

teórico que lo motivó desde sus primeros estudios sobre la enfermedad mental: investigar por qué pensamos así y no de otra forma. Ver Foucault, Michel. *Hermenéutica del Sujeto*. México D.F.: FCE, 2006.

18 Ver Kant, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Segunda edición. Traducción de Adela Cortina y Jesús Conill. Madrid: Tecnos, 1994, p. 96; Lecler, Joseph. *Historia de la tolerancia en el siglo de la reforma*. Alcoy: Marfil, 1969; De Páramo Argüelles, Juan Ramón. *Tolerancia y liberalismo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; De Asís Roig, Rafael. «Sobre la discriminación positiva: especial referencia al Derecho europeo». En Mariño, Fernando & Carlos Fernández (coords.). *La protección de las personas y los grupos vulnerables en el Derecho europeo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

Kant antepone un límite que no debe ser rebasado: el hombre no es un valor de cambio. Algo que hoy en día no es cuestionado sino vivido en carne propia por una inmensidad de hombres; todos se tratan y son tratados a sí mismos como un producto, como una máquina, como un medio y no como un fin en sí mismo. No obstante, esta concepción del sujeto kantiano no deja de ser solipsista e individualista, con una fuerte dosis de suficiencia racional fácilmente refutable.

Nuestra realidad subjetiva se construye en la interacción con los otros y es con los *otros* que *reflejamos* nuestra subjetividad. Cuando nos enfrentamos con la muerte, es decir, cuando la muerte se pone frente a nosotros a través del *otro*, también proyectamos nuestra realidad subjetiva, reflejamos el tipo de interacción social que tenemos con los demás[19]. Heidegger decía que el hombre no es solo *dasein* (*ser ahí*), ser abierto al mundo, abierto a las posibilidades, sino *mitsein* (*ser con*), es decir ser abierto a los otros[20] y, especialmente, al otro distinto y peculiar. La vida en sociedad significa la necesidad de mirarse en los otros y querer ser mirado uno mismo, pues la estima personal y pública tiene cierto *valor,* en otras palabras, la *consciencia de si* quiere afirmarse ante las otras consciencias que habitan el mismo universo que ella. Nadie puede llegar a quererse a sí mismo, a autoestimarse, si es continuamente despreciado o maltratado. Hegel decía que la sociedad es el espacio natural privilegiado donde el *nosotros* se convierte en un *yo* y el *yo* en un *nosotros*. Con dicho reconocimiento básico y fundamental nace el ideal de autenticidad, que no es sino la capacidad de cada individuo de tener un sentido moral y justo, una voz interior que lo lleva a distinguir el bien y el mal. Una voz que no depende de una autoridad o instancia externa, es decir, que no es heterónoma, sino interna y por tanto, autónoma. Pero no hay que olvidar que es la sociedad y la interacción con esta como colectivo la que nos provee de las coordenadas morales y éticas. La «sociedad perfecta» es aquella donde la vida en común es posible sin que suponga la anulación de lo singular, lo individual o lo diferente. La dignidad humana significa autonomía, esto es, libertad para escoger la forma de vida que cada uno prefiera[21], con la salvedad de que al escoger

19 Los sociólogos Peter Berger y Thomas Luckmann han argumentado prolijamente en torno a la constitución del conocimiento en la vida cotidiana, deconstruyendo la sociedad como «realidad objetiva» y «realidad subjetiva». Sus argumentos han sido elaborados desde la premisa marxiana básica de la sociología del conocimiento según la cual el hombre está determinado por su ser social. Ver BERGER, Peter & Thomas LUCKMANN. *La construcción social de la realidad.* Traducción de Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

20 HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Traducción de José Gaos. México: FCE, 1991, p. 262.

21 Hay que precisar un punto en esta afirmación: la libertad entendida a través de la ideología político-liberal tiende a encubrir un aspecto fundamental. En las democracias liberales y en los estados benefactores se tiene la ilusión o apariencia de que se tiene libre elección, cuando se dan de antemano las condiciones con las cuales uno debe elegir. Esta elección aparente es una enfermedad del liberalismo individualista y competitivo que ha permeado todo el campo simbólico de interacción de las personas. Uno es «libre» si se atiene a las reglas de juego, si escoge lo que «debería» escoger. Esta «libertad condicionada» lleva dentro de sí un matiz de instrumentalismo: la libertad solo puede ser buena y merecida si se apega a las normas, si sigue el procedimiento; o, al revés, solo se es bueno y «libre» en la medida en que se siga las normas y el procedimiento.

la forma de vivir no se quiera transgredir y violentar la dignidad y la forma de vivir del *otro*. Así también, al referirnos a la libertad en la elección de la forma de vida, esta implícitamente afirmada la responsabilidad, es decir, el hacerse cargo de la propia vida, y por tanto, de la propia muerte. Pero como vivimos en sociedad, con y para el otro, es decir, *somos con el otro*, esta responsabilidad y este hacerse cargo tienen que trascender *nuestra vida* y dirigirse a los otros.

El *desarrollo integral* de la persona humana, es decir, el modo como se realiza personalmente, nos ofrece indicios de lo que denominamos (y atribuimos a) la *dignidad humana*. Aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto más o menos válido entre culturas y, por tanto, universal. Peter Häberle desarrolla la concepción de la dignidad humana como «*premisa antropológica-cultural*»[22] de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes que permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. El Estado constitucional, por tanto, tiene como último fin, garantía y referente el *desarrollo integral* de la persona humana en todas sus dimensiones, incluyendo la muerte. Uno podría preguntarse, ¿cuáles son los motivos por los que la muerte configura y constituye parte primordial de nuestra identidad humana, si ella es en sí el término de esta? Pero, como ya vimos, la experiencia de la muerte de uno mismo, como cualquier otra experiencia, ya sea que dure cinco segundos o cinco años, reconstituye y modifica sustancialmente nuestra identidad. Si el sabernos finitos nos abre nuevos horizontes de subjetividad, el experimentar directa o indirectamente la dimensión de la muerte nos sustancializa; nuestra dignidad está en la muerte. Incluso funciona como imperativo categórico moral y constituyente identitario: «Solo en la medida en que el morir, si es que "es", sigue siendo el mío, puedo morir por el otro o dar mi vida a otro»[23].

Entonces, si la muerte (el buen morir) es parte integral de nuestra persona, la discriminación con relación a este «derecho» constituye un atentado grave contra la dignidad humana. Discriminar a alguien es negarle a otro los derechos más elementales y el disfrute de los bienes a los que tiene derecho. Por tanto, en el caso de la eutanasia, al negarle a alguien una muerte digna, estamos discriminándolo y violentando sus *derechos fundamentales*; tal negación se produce frecuentemente por el mero capricho (basado en creencias, falsas ideologías, mitos, etcétera)

22 Ver Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 169. Ver también Häberle, Peter. «La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54 (1998), pp. 11-38. Sobre el concepto de dignidad humana, ver el trabajo de Castro Cid, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. León: Universidad de León, 1987.

23 Derrida, Jacques. Ob. cit., p. 53.

de aquellos que poseen el poder para separar e impedir a los demás el acceso a una existencia digna. De este modo, discriminar o marginar es sinónimo de humillar, y en la muerte se representa un caso límite de esta ausencia de dignidad, de humillación. La auténtica o más intensa discriminación y marginación se da en la muerte, en los momentos de agonía y sufrimiento. Así, podemos constatar cómo en la eutanasia la privación de una muerte digna pone a la persona en un estado de humillación total. El estar conectado a una bomba, atravesado por tubos para respirar, comer, defecar, orinar etcétera, estar en estado vegetativo, con algún trauma irreversible físico o psicológico e incluso moral, es para muchos un estado degradante de su dignidad personal, es totalmente humillante. Si el *cuidado de sí*, el *cuidado de la muerte*, es el cuidado de toda la vida, entonces, quitarle el derecho a una muerte digna sería *desustancializar* la labor de una vida de un solo tajo.

La marginación y discriminación[24] se han convertido en una forma de vida de nuestro tiempo. En la actualidad, en nuestro país mucha gente vive discriminada, apartada o segregada. La delincuencia, en un alto porcentaje, se nutre de, y ocasiona a su vez, la marginalidad, la polarización social y la pobreza, fenómenos que constituyen el producto o lo emergente del sistema *corrupto*[25] socioeconómico actual. Muchas personas mueren indignamente debido a las condiciones materiales de marginación y pobreza de nuestras sociedades actuales: los vagabundos, pobres y desamparados que mueren por congelamiento en los inviernos urbanos, los pobres que mueren por alguna enfermedad que degrada progresivamente el cuerpo y la mente y no pueden darle un *fin* a su vida acorde con su dignidad personal. Todo ello representa un grave problema ético (filosófico y jurídico): la eutanasia y el *cuidado de sí* no solo comprenden las muertes privadas en hospitales de última generación, sino toda muerte «pública» y cotidiana.

24 El artículo 14 de la Constitución española de 1978 establece lo siguiente: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Ver LAPORTA, Francisco. «El principio de igualdad: introducción a su análisis». *Sistema*, 67 (1985), pp. 3-31; PRIETO SANCHÍS, Luis. «Igualdad y minorías». *Derechos y libertades*, 5 (1995); OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; GARCÍA AÑÓN, José. «El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo». En DE LUCAS, Javier (ed.). *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; BERLIN, Isaiah. «Equality». En su obra *Concepts and Categories*. Oxford: Clarendon Press, 1981; ARA PINILLA, Ignacio. «Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad». En GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.). *El principio de igualdad*. Madrid: Dykinson, 2000.

25 Léase corrupto en el sentido que le dan Antonio Negri y Michael Hardt: «En realidad, la capacidad para reconocer la corrupción es, para emplear una frase de Descartes, "la faculté la mieux partugée du monde", la facultad más ampliamente compartida en el mundo. La corrupción es fácil de percibir porque aparece inmediatamente como una forma de violencia, como un insulto. Y en realidad es un insulto: la corrupción es en verdad el signo de la imposibilidad de vincular el poder al valor y su denuncia es pues una intuición directa de la falta de ser. La corrupción es lo que separa a un cuerpo y a un espíritu de lo que pueden hacer. Puesto que en el mundo biopolítico el conocimiento y la existencia siempre consisten en una producción de valor, esta falta de ser se manifiesta como una herida, un deseo de muerte del individuo social, un violento desprendimiento del mundo» (HARDT, Michael & Antonio NEGRI. *Imperio*. Traducción de Alcira Bixio. México D.F.: Paidós, 2002).

Por otro lado, la defensa de la libertad de conciencia, pensamiento y religión[26], un ámbito entrelazado sustancialmente con la eutanasia y el *cuidado de la muerte,* constituye un deber moral humano y, además, un principio normativo constitucional que debemos ir plasmando en nuestras prácticas cotidianas diarias, o no tan cotidianas, pero sí de mucha relevancia, como en la práctica de la eutanasia. La libertad de conciencia incluye la libertad de pensamiento y de religión. No debemos olvidar que la muerte, que *el derecho a una muerte digna*, se incluye dentro de estas categorías pensadas como universales. ¿Qué cosa puede ser más «universal» que la misma muerte? Todo esto trata de la manifestación más importante de la libertad del hombre en cuanto afecta a lo que más le dignifica, el ámbito de la autonomía personal, decidir cuándo y cómo morir. Ser autónomo y tener en sus propias manos la cualidad de autodeterminarse, en la medida de lo posible, frente a la muerte, es el último pliegue y el principal acorde de la dignidad personal.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL CUIDADO DE SÍ MISMO EN LA EUTANASIA

Por lo tanto, con lo anterior podemos ver en la eutanasia un significado interrelacional moral, en donde se asume la responsabilidad de *la muerte digna* de uno mismo y del *otro*. Se entiende que quien ejercite tal acción hacia otra persona se debe encontrar preparado para *tomar*, y en cierta forma, *apropiarse* de la libertad y responsabilidad de la *melete thanatou* del otro, quien tal vez no tenga posibilidades de hacerlo él mismo. Esta responsabilidad es dada solo en la medida en que se asimile y reabsorbe la muerte a los procesos culturales, cognitivos y materiales, y se deje de ver como límite y avería de la vida y el hombre[27]. En este sentido, podemos darnos cuenta de la importancia del tópico de la responsabilidad, sus implicaciones profesionales, éticas y, sobre todo, vitales. Solamente quien es auténticamente responsable de su vida y, por tanto, de su muerte, es libre. Puesto en otros términos, de quien sigue un reglamento, un procedimiento o un método rigurosamente difícilmente puede decirse que es enteramente responsable. Supeditar la responsabilidad a la «objetividad» entendida como la puesta en marcha de una técnica cognitiva o un mecanicismo teorético es sustraerse de la responsabilidad misma. Y la eutanasia es eso mismo, responsabilidad. El «buen morir» solo se presenta en la medida en que se es responsable con la propia muerte

26 El artículo 18 de la Declaración de la ONU afirma, en relación con este derecho, lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia». Ver BASTERRA, Daniel. *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*. Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense/Civitas, 1989.

27 Esta concepción de la muerte nos es descrita por el sociólogo francés Jean Baudrillard en uno de sus ensayos más relevantes sobre la muerte y el sistema de signos y símbolos en capitalismo tardío. Ver. BAUDRILLARD, Jean. Ob. cit.

y, por lo tanto, con la muerte del otro. La responsabilidad inherente a la eutanasia viene como una llamada interna que cae sobre nosotros; es un llamado porque es una respuesta, es decir, la responsabilidad es el responder al otro y a la *ley*[28].

La responsabilidad entendida en este sentido es totalmente contraria al proceso de tecnificación de la civilización y, en concreto, de la ciencia (podemos decir, particularmente, de la medicina y el derecho), ya que los niveles de tecnificación de la praxis médica y jurídica son intrínsecos a la *industrialización* y al excesivo positivismo de la cultura y la sociedad de la cual hablábamos arriba. Esta tecnificación implica una neutralización del campo de acción del hombre. Para una civilización como esta, no existen personas como tales, sino solo sus roles. Se desprende a la persona de su carácter moral y se realza el funcional. Esta neutralidad que la tecnociencia irradia y difunde al ámbito de la ciencia es el mismo presupuesto axiológico avalorativo de los positivistas del siglo XIX y principios del XX (aunque aun en pleno siglo XXI se sigue pretendiendo buscar). Estos veían a la ciencia de una manera formal, pura. De ahí que quien sigue estos postulados tecnocientíficos en el ámbito de la medicina y el derecho, y en casos complejos como el de la eutanasia, y pretende realizar y ver sus acciones como «guiadas» por la ciencia, y por tanto neutrales y puras, carece sustancialmente de responsabilidad. Ya que el valor de sus acciones solo fue medido en tanto que estas fueron guiadas por un procedimiento técnico.

Por ello, se tiene la necesidad de seguir ciertos criterios fundamentales para darle *el valor justo* a la eutanasia. Primero, dejar de reglamentar en exceso los procesos médicos y jurídicos y las acciones humanas, ya que se cae en absurdos e incoherencias lógico-prácticas. La medicina y el derecho no son ciencias cristalizadas y muertas en un tiempo y espacio que se puedan disecar y seccionar para ver sus funcionamientos y límites. Al contrario, son dos campos del saber que siempre se mantienen abiertos, múltiples y en constante cambio, que atraviesan transversalmente los procesos históricos del hombre. Algo que está en constante cambio y fluctuación no se puede reglamentar excesivamente: solo se pueden sugerir algunas pautas para guiar una práctica o un proceso técnico. Segundo, dejar de considerar la eutanasia como asesinato. La eutanasia no es ningún asesinato: a pesar de que el resultado es el mismo y a veces los medios también, el fin y las razones son distintas. En la eutanasia el fin es terminar con el sufrimiento y la humillación de la persona, por tanto, las razones son completamente humanitarias; el asesinato no comparte estos motivos. La acción y el resultado de la acción no conforman por sí mismos criterios de evaluación de la «objetividad», sino completamente lo contrario. Lo que importa es la manera

28 Derrida, Jacques. Ob. cit., p. 80.

de interpretar estas acciones y enmarcarlas dentro de una esfera de sentido de significado intersubjetivo[29]. Tercer y último criterio, en la eutanasia se ven tensionados valores universales como la libertad, la seguridad y la vida. Reevaluar cada uno de ellos, dándoles su *lugar*, es tarea fundamental[30].

Esta *tensión axiológica* pone en consideración la ponderación y, por consiguiente, la subsunción de un valor o valores por otros; ya sea el caso de la eutanasia de tipo pasiva o de tipo activa[31]. Sin embargo, el razonamiento en torno a la concepción actual de la vida como un *bien de consumo* que se gasta, se agota y/o se estropea, como *algo* que se posee, ha ocasionado una «*sobrevalorización*» de la vida. La vida como plano de inmanencia, del cual hablamos, que fundamenta y da sentido a los demás valores y derechos, se vuelve nula y sin sentido cuando se ve desprovista de los demás valores, como la libertad, la seguridad, la igualdad, etcétera. El hombre no vive por vivir, no está arrojado inconscientemente a la vida sin percatarse de ello. Lo que precisamente da sentido a la vida es el *conocimiento* y la consciencia de estar vivo, un acto *reflexivo* (Hegel) de autoconocimiento y autoconciencia que implica un *movimiento del espíritu*, es decir, libertad; «pensar» que uno tiene vida, que está vivo, implica ya en sí ser libre, «ejercer» su libertad o, en otras palabras, autodeterminación.

Suspender esta característica constitutiva del hombre y seguir percibiendo la vida solo como un «bien jurídicamente tutelado» y no como esta inmanencia fundacional que sujeta los demás valores que le dan sentido, sería ultrajar la dignidad humana, restarle o quitarle por completo al individuo su significación particular como ser humano, desposeerlo de lo que permite a la persona percibirse a sí misma. Foucault nos acerca a esta reflexión desde la muerte diciendo que «el valor de lo que hago, el valor de mi pensamiento, el valor de mi actividad, pues bien, se revelará si los pienso como si fueran los últimos»[32].

Sin duda, es en el último momento *real* de la muerte, cuando existe una abrumadora proximidad a ella, que la autodeterminación, la capacidad de medir y valorar mi propia vida, tiene una importancia vital. Este ejercicio (*melete thanatou*), el pensamiento de la muerte, no es más que un medio por el cual dirigimos nuestra vida que nos permite captar su valor presente, mediante el cual hacemos de nuestra existencia una

29 Ver Mead, George. *Espíritu, persona y sociedad. Desde el punto de vista del conductismo social*. Barcelona: Paidós, 1968.

30 Delimitar cada uno de ellos no es tarea fácil, y hacer un examen minucioso de estos valores no es asunto del presente trabajo, sólo queremos esbozar unas reflexiones filosóficas sobre un problema tan complejo como este.

31 Leucona, Laura. «Eutanasia: algunas distinciones». En Platts, Mark (comp.). *Dilemas éticos*. México D.F.: FCE, 2000, p. 97-119.

32 Foucault, Michel. *Hermenéutica del sujeto,* p. 455.

totalidad[33]. Asimismo, Foucault afirma lo siguiente: «En el pensamiento de la muerte que justamente no debe ser un pensamiento del futuro sino un pensamiento de mí mismo en trance de morir, se realizan el juicio presente y la valorización del pasado»[34].

Podría parecer que lo anterior únicamente hace alusión a las personas que están conscientes de su muerte próxima y que quieren que se les dé *su bien morir.* Sin embargo, esto también tiene consecuencias «retro*activas*» hacia el otro, quien se supone que le va *dar muerte*, a aquella persona que se va a *apropiar de la muerte de otro*, ya sea por una petición consciente de la persona *moribunda* o por un acto autorreflexivo de compresión, responsabilidad y empatía hacia el otro en estado inconsciente que *necesita* de la eutanasia o de *su bien morir*.

Entonces, el *cuidado de sí mismo* o el *cuidado de la muerte* tienen dentro de su núcleo constitutivo la responsabilidad hacia el otro, que no es más que ser responsable de sí. Constituye la amalgama fundamental que «humaniza» la acción eutanásica, indistintamente de si es pasiva o activa, voluntaria, no voluntaria o involuntaria. Todas las personas que puedan participar en todos estos casos deben estar *llamados* a *responder al otro*[35] como lo están a responder de sí mismos. Únicamente este tipo de interacción intersubjetiva otorga la mejor guía para realizar una acción tan importante y laberíntica como la eutanasia; no los reglamentos excesivos, los procedimientos metodológicos médicos y legales en sí mismos, sino el despliegue interactivo del uso del *cuidado de sí mismo*.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Ya vimos la importancia del *cuidado de sí* y el *cuidado de la muerte* respecto a la manera de percibir y practicar el *bien morir* o la eutanasia. Asimismo, la relevancia en las prácticas médicas que estos conceptos pueden tener es de gran interés para todos, en especial para aquellos que directamente participan dentro del sistema de salud, así como para los legisladores y juristas a quienes les podría ampliar su *horizonte de compresión* sobre la muerte a la hora de «*hacer derecho*» y regular este tópico tan laberíntico. Los conceptos de dignidad humana y *cuidado de la muerte* nos ayudan a poder entender los límites y necesidades que se suscitan en casos de eutanasia. Por ejemplo, el Estado no debe imponer el sufrimiento o el prolongamiento de este a personas que piden morir, ya que, si pretende ser justo, no puede interferir en esta decisión que se deja a libre elección del *destinario*[36]. No se puede ni se debe forzar a alguien

33 Ibídem, p. 456.
34 L. cit.
35 Derrida, Jacques. Ob. cit., p. 80.
36 Calsamiglia, Albert. «Sobre la eutanasia». En Vázquez, Rodolfo. *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales.* México D.F.: FCE, 2004, p. 160.

a vivir en contra de su voluntad[37], el daño que se ocasiona al hacerlo puede tener lugar tanto en su sufrimiento físico y moral como en su dignidad; ya que para muchas personas *el daño* no es el término de la vida, sino continuar sufriendo, o quedar en estado vegetativo, como *ser* inocuo, desustancializado, cerrado al mundo por completo. Siguiendo lo anterior, el respeto a la vida tiene unos límites subjetivos que no deben ser quebrantados. Uno no debe *obligar* a nadie a seguir viviendo en un estado que para la otra persona es indignante o humillante. Todo ello siempre y cuando no se dé una *incompetencia básica*[38] en el *destinario,* en la persona «*interesada*» en recibir la eutanasia. Cuando la persona esté plenamente consciente, lúcida y en uso de su razón (al margen de lo que esto quiera decir), se le debe respetar su capacidad de autodeterminación, de elegir su propio horizonte vital. En caso de que la persona termine inconsciente antes de expresar su voluntad, se tendrán en cuenta, tanto los testimonios cercanos que atestigüen su voluntad, como la prueba escrita de sus pensamientos. En caso de no haber dejado nada por escrito, alguna persona cercana podría *reconstruir* su discurso en forma de consentimiento hipotético, o a la manera en que lo entiende Dworkin: una *reconstrucción de su integridad histórica* que le otorgue coherencia a su vida o, más bien, a su muerte[39].

Con lo anterior aludimos a ciertos problemas que aparecen ante nosotros, como la posibilidad de error de diagnóstico en caso de que se lleve a cabo el procedimiento de la eutanasia. El miedo a cometer errores cuando la vida está en juego se encuentra fundado. Sin embargo, debemos de tener en cuenta que los errores siempre van a estar presentes y que este no debe de ser un obstáculo infranqueable para ejecutar o permitir la eutanasia. Esto se puede minimizar mediante un *método hermenéutico*, es decir, que diferentes equipos de médicos y especialistas investiguen e *interpreten* el caso para poder llegar a un consenso común sobre la toma de acción. Este diagnóstico y consenso, cuando la persona esté consciente, no tendrá más relevancia que la propia voluntad de la persona dispuesta a que le apliquen la eutanasia. La cuestión, nuevamente, es la siguiente, aludiendo de nuevo a Habermas, Foucault y Derrida: recuperar nuestras libertades. Los médicos y juristas (legisladores) hoy en día mantienen una centralización y normalización de poder de decisión, que debería regresar a manos de los ciudadanos comunes. Los especialistas no poseen La Verdad en su conocimiento, ni tienen la última palabra al momento de realizar una acción, o por lo menos no debería ser de esta manera.

37 Ver Garzón Valdés, Ernesto. «¿Es justificable el paternalismo jurídico?». *Doxa*, 5 (1988), pp. 155-173.

38 Una incompetencia básica se da cuando la persona no tiene capacidad de comunicarse y de comprender la información sobre el caso, no puede razonar y deliberar en torno al estado de la cuestión (como los tratamientos, intervenciones, etc.), así como carece de la capacidad subjetiva de conocer los valores y objetivos para evaluar las alternativas. Ver Leucona, Laura. Ob. cit., p. 105.

39 Dworkin, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1994.

El *cuidado de sí mismo* o *cuidado de la muerte* pueden hacer la diferencia entre una acción instrumentada y guiada por un proceso mecánico y técnico y una acción «sujeta» por la responsabilidad hacia el otro y con otro. La eutanasia cargada por este tipo de subjetividad «estoica» dignifica los procedimientos médicos y legales de la eutanasia, las relaciones entre los agentes sociales que participan de ella y, en general, la vida de cada uno de nosotros.

Recibido: 18/07/2012
Aprobado: 15/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 169-199
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes

Parent's responsibility, professional secrecy and medical confidentiality. How do they combine to ensure adolescents health?

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI*

Resumen: El artículo analiza detenidamente la definición y contenido de secreto profesional y el derecho a la intimidad, para luego presentarnos sus implicancias en el orden público y el privado. A partir de ello, nos presenta los principales argumentos a favor y en contra de que los adolescentes tengan derecho al secreto profesional frente a sus representantes. Finalmente, el artículo nos presenta la jurisprudencia existente sobre la materia, lo establecido en la Declaración Ottawa y los casos específicos del ejercicio del secreto profesional en los supuestos de interrupción del embarazo y diagnóstico de VIH.

***Palabras clave*:** secreto profesional – confidencialidad – adolescentes – responsabilidad de los padres

Summary: The article carefully analyzes the definition and content of professional secrecy and the right to privacy and introduces their implications on public and private policy. On that basis, main arguments in favor and against adolescents entitle to exercise the right to professional secrecy towards their representatives are presented. Finally, this article presents the existing case-law on that subject, provisions according the Ottawa Declaration and specific cases concerning professional secrecy exercise in the assumptions on termination pregnancy and HIV diagnosis.

***Keywords*:** professional secrecy – confidentiality – adolescents – parents responsibility

CONTENIDO: I. IMPORTANCIA DEL TEMA Y LÍMITE DE ESTAS REFLEXIONES.– II. ETIMOLOGÍA.– III. SECRETO PROFESIONAL. CONCEPTO.– IV. EL SECRETO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.– V. EL INTERÉS PÚBLICO Y PRIVADO COMPROMETIDO EN EL TEMA DEL SECRETO PROFESIONAL DEL MÉDICO.– VI. HISTORIA DEL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO.– VII. ASPECTOS QUE COMPRENDE EL SECRETO MÉDICO.–

* Integrante del Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología de la República Argentina. Ex jueza de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Profesora invitada en numerosas universidades argentinas y extranjeras.

VIII. NORMATIVA GENERAL.– IX. SUJETO OBLIGADO.– X. SUJETO BENEFICIADO.– XI. SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DE ESTAS OBLIGACIONES.– XII. EL SECRETO MÉDICO Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.– XIII. PRIMER PUNTO DE PARTIDA: PRESENCIA DE UN MENOR COMPETENTE, AUTÓNOMO.– XIV. SEGUNDO PUNTO DE PARTIDA. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.– XV. TERCER PUNTO DE PARTIDA. EL DERECHO DEL NIÑO MADURO FRENTE A SUS REPRESENTANTES.– XVI. EL DERECHO AL SECRETO DEL ADOLESCENTE. DOS POSICIONES ENCONTRADAS.– XVII. FUNDAMENTOS DE LA TESIS NEGATIVA, O SEA, LA QUE SOSTIENE QUE LA PERSONA MENOR DE EDAD, AUN MADURA O COMPETENTE, NO TIENE DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL FRENTE A SUS REPRESENTANTES LEGALES.– XVIII. FUNDAMENTOS DE LA TESIS POSITIVA, O SEA, LA QUE SOSTIENE QUE LA PERSONA MENOR DE EDAD MADURA O COMPETENTE TIENE DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL TAMBIÉN EN CONTRA DE SUS REPRESENTANTES.– XIX. LA TESIS POSITIVA EN LA DECLARACIÓN DE OTTAWA.– XX. UN PROBLEMA ESPECÍFICO: LA POSICIÓN POSITIVA Y EL PROBLEMA DEL PAGO DE LOS HONORARIOS MÉDICOS.– XXI. JURISPRUDENCIA QUE APOYA LA TESIS AFIRMATIVA.– XXII. CONSECUENCIAS DE LA TESIS AFIRMATIVA: EL MÉDICO, INTERMEDIARIO ENTRE EL NIÑO Y LA FAMILIA.– XXIII. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO.– XXIV. UN CASO PARTICULAR: LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO SIN COMUNICACIÓN A LOS PADRES EN LOS PAÍSES EN LOS QUE LA PRÁCTICA ES LÍCITA. EL SECRETO MÉDICO FRENTE AL PEDIDO DE LA ADOLESCENTE QUE LA INTERVENCIÓN NO SE COMUNIQUE A LOS PADRES.– XXV. OTRO CASO ESPECÍFICO. LOS TEST PARA DETECTAR VIH.– XXVI. CONCLUSIONES PROVISORIAS.

A menudo, los hijos se nos parecen, y así nos dan la primera satisfacción... Cargan con nuestros dioses y nuestro idioma, con nuestros rencores y nuestro porvenir, por eso nos parece que son de goma... Nos empeñamos en dirigir sus vidas sin saber el oficio y sin vocación. Les vamos transmitiendo nuestras frustraciones con la leche templada y en cada canción

JOAN MANUEL SERRAT, *Esos locos bajitos*

I. IMPORTANCIA DEL TEMA Y LÍMITE DE ESTAS REFLEXIONES

El secreto ha sido objeto de reflexiones en la cultura académica y popular, por lo que una gran cantidad de dichos y manifestaciones atribuidas a famosos personajes reflexionan sobre su valor. Así, por ejemplo, se atribuye a Sócrates la frase «es más difícil guardar un secreto que tener un carbón ardiente en la lengua»; a Séneca, «si quieres que tu secreto sea guardado, guárdalo tu mismo»; al poeta Gibran Kahlil Gibran, «si revelas tus secretos al viento, no culpes al viento por revelarlos a los hombres»; a La Rochefoucauld, «cómo pretendemos que otro guarde nuestro secreto si nosotros no hemos podido guardarlo»; a Richelieu, el consejo «no decir sino lo que es necesario, a quien es necesario y cuando es necesario»; a Benjamín Franklin, «las tres cosas más difíciles de esta

vida son: guardar un secreto, perdonar un agravio y aprovechar el tiempo». Son dichos populares españoles «en boca cerrada no entran moscas»; «en la boca del discreto, lo público es secreto»; en Japón se dice que «ni cien caballos al galope atraparán una frase imprudente» y que «si el pájaro no hubiese cantado, no le habrían disparado»; un proverbio francés dice: «se puede tener razones para hablar, pero no se necesita ninguna para callar»; uno árabe afirma «antes de hablar gira siete veces tu lengua en la boca»; en el Talmud se lee: «tu amigo tiene un amigo y el amigo de tu amigo tiene otro amigo; por consiguiente, sé discreto».

Pareciera, pues, que no es necesario argumentar demasiado en torno a la importancia que la gente de todas las épocas y países atribuye al silencio como sinónimo de confidencialidad, cualquiera sea el sector sociocultural al que pertenece.

Como es sabido, en el cuerpo humano se concentran la vida, la integridad física, la salud, la sensibilidad, el sufrimiento físico. En ese cuerpo también se ubican las decisiones relativas al modo de vida y al compromiso hacia el futuro (matrimonio, trabajo o servicios a cumplir), la procreación (su aceptación o rechazo), etcétera. No cabe dudar, entonces, cuánto vale el secreto que versa sobre ese cuerpo. Dicho de otro modo, el secreto sobre lo que pasa en el cuerpo es una cuestión central.

Diversas profesiones tienen vínculos con el cuerpo de las personas, pero las relativas a la medicina los presuponen en todos los casos.

Por eso, no debe extrañar que el secreto médico constituya uno de los principios fundamentales de la ética médica y que esté reconocido por todos o la mayoría de los códigos deontológicos de esa profesión. Efectivamente, en 1950, durante un gran debate realizado en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París sobre la moral médica, Portes pronunció una fórmula que luego pasó a ser repetida casi inconscientemente: «No hay medicina sin confianza, ni confianza sin confidencialidad, ni confidencialidad sin secreto»[1]. Confianza y confidencia son dos términos de sonido parecido, inseparables en la buena práctica de la medicina. Tiene confianza quien supone que se hace o se va a hacer algo que es necesario para su tranquilidad. Hace una confidencia quien comunica algo a alguien reservadamente, en secreto.

Los juristas de la mayoría de los países coinciden en que la materia del secreto médico es difícil, especialmente cuando se enfrenta al deber de denunciar a las autoridades. El maestro Sebastián Soler decía que «la revelación del secreto profesional es uno de los temas que mayores contradicciones en la interpretación ha provocado al interrogarse cuándo existe violación punible del secreto y cuándo

1 Reproducido por Hoerni, Bernard & Michel Bénézech. *Le secret médical. Confidentialité et discrétion en médecine*. París: Masson, 1996, p. 12.

el deber de denunciar»[2]. En consonancia, otros autores reconocen que no existe una regla precisa y desprovista de ambigüedad que permita trazar con certeza la frontera entre la obligación del médico de no revelar las confidencias requeridas bajo secreto médico y la obligación de revelarlas cuando el valor protegido por el secreto, es decir, el derecho a la vida privada, entra en conflicto con otro valor fundamental[3].

Por su parte, los médicos sostienen que las cuestiones vinculadas al secreto se encuentran entre los grandes inconvenientes que afrontan en la práctica profesional, especialmente, cuando tienen información que implica a miembros de la familia del paciente[4]. Por lo demás, en una sociedad que se vanagloria de privilegiar la información y la transparencia, la resistencia del secreto profesional, como la de todo secreto, se encuentra con grandes dificultades[5]. Por todo esto, y por otras razones, Delmas Marty ha podido decir que «más que una teoría jurídica, el secreto profesional aparece más bien como una búsqueda de un equilibrio jamás alcanzado»[6].

No extraña, pues, que sobre el secreto sanitario y su protección hayan corrido ríos de tinta, y seguirán corriendo, a causa de la extensión y gravedad de los problemas que plantea a muchas personas, en trances trágicos o dramáticos[7]. En consecuencia, estas líneas no pretenden ser un análisis completo de la problemática. Me limitaré, en lo posible, una vez planteado el problema en general, a reflexionar sobre la cuestión cuando los adolescentes están implicados.

II. ETIMOLOGÍA

La raíz «*secr*» se encuentra en el vocablo latino *scernere*, que significa separar, aislar. El participio de *scernere* es *secretus*, origen del término secreto. O sea, lo secreto se distingue porque se lo separa de otras cosas.

El diccionario de la Real Academia de la lengua española define el secreto como aquella cosa que «se tiene reservada u oculta cuidadosamente».

2 Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tea, 1978, tomo IV, p. 117.

3 Jakhian, Edouard. «La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le secret médical ou l'impossible équilibre». En *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*. Bruselas: Bruylant, 1998, p. 467. El autor comenta los casos llegados al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hasta 1998: *Z c/Finlandia*, del 25 de febrero de 1997 (que relato más adelante, brevemente, en el texto); *Mitterand c/Francia* (herederos enfrentados a un médico que publica un libro, titulado, irónicamente, *Le grand secret*); *M c/ Suecia* (necesidad de revelar el secreto en un juicio en el que el médico es demandado por el paciente). El 9 de junio de 2011, el Centro Francés de Derecho Comparado organizó un coloquio titulado *La dénonciation: droit ou devoir*. Los trabajos fueron publicados bajo ese mismo título por la Société de Législation Comparée en el mismo año.

4 Gilbar, Roy. «Medical Confidentiality within the Family: the Doctor's Duty Reconsidered». *International Journal of Law, Policy and the Family*, XVIII, 1 (2004), p. 195.

5 Magendie, Jean Claude. «Pouvoir, dans la transparence, prétendre à une part irréductible de secret». En Hirsch, Emmanuel & otros (dirs.). *Éthique, justice et médecine*. París: Université de Paris Sud 11, 2005, p. 16.

6 Delmas-Marty, Mireille. «A propos du secret professionnel». *Recueil Dalloz Sirey*, XXXIX (1982).

7 Rodríguez Ramos, Luis. Prólogo. En Requejo Naveros, María Teresa. *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*. Madrid: Colex, 2006.

Por lo tanto, desde lo gramatical, se entiende por secreto todo aquello que se tiene reservado, oculto, aislado de la normal comunicación con los demás[8]. Se trata, pues, de un conocimiento que se aísla, poniendo obstáculos para que determinadas informaciones lleguen a ser conocidas por otras personas.

III. SECRETO PROFESIONAL. CONCEPTO

Se define al secreto profesional como el sigilo o reserva que corresponde a quien ejerce una profesión respecto del conocimiento que posee sobre otra persona cuando ese conocimiento ha sido obtenido por razón del desarrollo de la actividad profesional y la información ha sido necesaria para realizar la prestación o servicio a su cargo.

IV. EL SECRETO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Algunas constituciones de los países latinoamericanos contienen referencias expresas al secreto; por ejemplo, el artículo 2.18 de la Constitución del Perú de 1993 dispone: «Toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, *así como a guardar el secreto profesional*».

Distintos valores jurídicos se relacionan con el secreto según sea la profesión ejercida. Por ejemplo, el secreto de la fuente de información del periodista se vincula a la *libertad de expresión*. En este sentido, el artículo 43 de la Constitución menciona expresamente este secreto cuando al regular el *habeas data* dice:

> Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse *el secreto* de las fuentes de información periodística.

El secreto profesional del abogado se une al derecho de *defensa*, y hace a la esencia, seguridad y garantía de un proceso. Revelarlo puede traer gran perturbación a las prácticas judiciales y dar lugar a «incalificables abusos que pondrían en peligro a la propia administración de justicia, generando escándalos y prohijando exacciones»[9].

8 Verdú Pascual, Fernando. *Secreto profesional médico. Normas y usos.* Granada: Comares, 2005, p. 7.

9 Cepede, Analía de los Ángeles. *El secreto profesional médico en materia de aborto.* Documento Judicial 2010-543.

Lo cierto es que, cualquiera sea la profesión, el derecho al secreto se vincula esencialmente a la *intimidad* y esta atadura muestra, desde el principio, la complejidad del problema[10]. En efecto, «el secreto evoca el silencio, lo íntimo, la discreción; por lo tanto, nada hay de inquietante para favorecer el respeto a la esfera privada. Pero el secreto, como opuesto a transparencia, es portador de oscuridad, tinieblas, disimulación, opacidad, clandestinidad, deslealtad»[11]. Por ser la intimidad el valor fundamentalmente amparado, un requisito indispensable para que surja el deber jurídico de proteger el secreto es que la persona a la que atañe tenga voluntad de guardarlo como tal[12].

Algunas figuras jurídicas parten, precisamente, de un secreto que protege la salud, por ejemplo, el parto anónimo que garantiza a la madre el derecho a parir de modo seguro en un hospital, pero se enfrenta con el derecho fundamental de otra persona como es, el derecho de identidad del nacido[13].

Sea como fuese, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido expresamente que los datos médicos relativos a la salud integran el derecho a la intimidad de la persona. Así lo dijo, entre otros, en el caso *Z c. Finlandia* del 25 de febrero de 1997, en el que abordó la queja de una mujer que denunció que sus datos, entre los que contaban que ella era portadora del VIH, habían sido incorporados a un proceso en el que se discutía si su marido, que había violado a varias personas, debía ser condenado también por el delito de homicidio en razón de que a la época de los ilícitos, él conocía que también él estaba infectado. En el caso, los médicos que atendían a la mujer (clínicos y psiquiatra) habían invocado el secreto, pero el tribunal los obligó a revelarlos; más aun, el expediente médico se incorporó a la causa, y se decidió que la confidencialidad sobre estos datos durara solo diez años a partir de la sentencia. Independientemente del resultado final[14], en el parágrafo 95 de la decisión del TEDH se lee:

10 Panizo Orallo, Santiago. «Riesgos del deber del secreto profesional para la eficacia del derecho». En Sánchez de la Torre, Ángel & otros (ed.). *Eficacia del derecho. Teoría y aplicaciones*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 229.

11 Magendie, Jean Claude. *Pouvoir, dans la transparence, prétendre à une part irréductible de secret*. En Hirsch, Emmanuel & otros (dirs.). Ob. cit., p. 15.

12 Corcoy Bidasolo, Mirentxu. «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento». En *Protección de menores en el código penal*. Madrid: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 311.

13 Me he referido a este tema en mi artículo «El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso "Odiévre c/ France"». En *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004, p. 511 y en *Derecho de Familia*, 26 (2004), p. 77.

14 La queja principal fue rechazada, en definitiva, sobre la base del principio de proporcionalidad y la teoría del margen de discrecionalidad del Estado; en cambio, se estimó contrario al artículo 8 el plazo de confidencialidad de diez años, fijado de oficio por el tribunal.

> [...] la Corte tiene en cuenta el rol fundamental que la protección de los datos de carácter personal (*entre los cuales se encuentran las informaciones relativas a la salud*) juega en el ejercicio del respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 de la Convención. El respeto del carácter confidencial de las informaciones sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados contratantes de la Convención. Es capital no sólo para proteger la vida privada de los enfermos sino también para preservar la confianza en el cuerpo médico y los servicios de salud en general. Si esa protección faltase, las personas que necesitan cuidados médicos creerían que esa información de carácter íntimo, que es necesaria para su tratamiento, podría ser apropiada y consultada por otro, por lo que deciden ocultarla, lo que pone en peligro, en el caso de las enfermedades contagiosas, a la propia colectividad (Ver la Recomendación n° R (89) 14 sobre *Las incidencias éticas de la infección VIH en el marco sanitario y social*, aprobaba por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 24 octubre de 1989 y, especialmente, las observaciones generales sobre la confidencialidad de los datos médicos que figuran en el parágrafo 165 de la exposición de motivos). Por lo tanto, la legislación interna debe proveer garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud que no respeten las garantías previstas en el art. 8 de la Convención.

V. EL INTERÉS PÚBLICO Y PRIVADO COMPROMETIDO EN EL TEMA DEL SECRETO PROFESIONAL DEL MÉDICO

Jurídicamente se discute si el deber de secreto está basado solo en el acuerdo entre cliente y profesional, o si también responde al interés público. La tendencia mayoritaria, en la que se incluye el *leading case* del TEDH, *Z c. Finlandia,* del 25 de febrero de 1997, antes mencionado, se inclina por la segunda opción. Es decir, acepta que la obligación de no relevar los secretos a los que se ha accedido en el ejercicio de una profesión u oficio deriva de normas impuestas por el Estado para proteger el orden social[15]. Esta posición se funda en los siguientes argumentos:

a. el individuo que reclama el secreto se encuentra en la necesidad de acudir a quien ejerce una profesión para solucionar un problema que por sí solo no puede resolver, él renuncia a su intimidad no por capricho, sino por necesidad;

15 Duval-Arnould, Domitille. *Le corps de l'enfant sous le regard du droit.* París: LGDJ, 1994, p. 142; Otero González, María del Pilar. *Justicia y secreto profesional.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces SA, 2001, p. 14.

b. si el secreto no existiese, el paciente no se acercaría al médico, no se curaría, y esto amenaza la salud pública. Lealtad y verdad son necesarias entre doctores y pacientes;

c. hay necesidad social en que ciertas profesiones tengan prestigio y sean respetadas por la sociedad de manera que inspiren en sus integrantes la confianza requerida para que tales profesiones funcionen apropiadamente.

En razón del interés social que encierra, la mayoría de los bioeticistas entiende que la regla de la confidencialidad médica es casi absoluta.

Sin embargo, no todos los médicos son conscientes de ese deber. Una encuesta realizada en Inglaterra por Wertz y Fletcher, en 1989, reveló que cerca del 60% de los genetistas de diversos países del mundo que respondieron estaban de acuerdo en revelar el dato a los parientes sin consentimiento del paciente; no hicieron distinción según que esa enfermedad fuese mortal, como el mal de Huntington, o no mortal, como la hemofilia. En Holanda, el 26% de los médicos entrevistados estaba dispuesto a revelar el dato a familiares, sin el consentimiento del paciente, pero no a terceras personas, como patronal, aseguradora, etcétera[16].

Verificando esa realidad en el ámbito de la práctica de la medicina, los eticistas norteamericanos dicen: muchas veces los médicos suponen, sin justificación, que los pacientes desean que su estado sea plenamente revelado a su familia. Es necesario alejarse de tal suposición[17].

VI. HISTORIA DEL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO[18]

Los historiadores remontan el secreto a tiempos antiguos. Muchos recuerdan que aparece en el juramento de Hipócrates: «Lo que en el ejercicio de la profesión, y aun fuera de ella, viere u oyere acerca de la vida de las personas y que no deba ser divulgado, callaré considerando la discreción como un deber en semejantes casos»[19].

Esos estudiosos relatan que el secreto médico era conocido antes de Hipócrates, pero no se relacionaba con la confidencialidad y a la intimidad,

16 Datos proporcionados por Gilbar, Roy. Ob. cit., p. 205.
17 Citado por Hoerni, Bernard & Michel Bénézech. Ob. cit., p. 56.
18 Para el tema, ver ibídem, pp. 5-13.
19 Otero González, María del Pilar. Ob. cit., p. 23; Costa, María Victoria. «El manejo de la información médica. El consentimiento informado y la confidencialidad». En Luna, Florencia & Arleen Salles. *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. México D.F.: FCE, 2008, p. 183; Lamberti, Silvio & Juan Pablo Viar. «El profesional de la salud frente al secreto profesional». En Blanco, Luis Guillermo, (comp.). *Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales*. Buenos Aires: Universidad, 2002, p. 135; Martínez Morán, Narciso. «La protección jurídica del derecho a la intimidad en el ámbito de las investigaciones biomédicas». En Junquera de Estéfani, Rafael (dir.). *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*. Granada: Comares, 2008, p. 113.

sino con la transmisión de los conocimientos. O sea, el secreto se refería al que debían conservar los que practicaban la medicina (sacerdotes, hechiceros, adivinos, etcétera), respecto a sus saberes, que *no* debían informar a sus pacientes[20]. Después de Hipócrates, el secreto se evanesció, sin desaparecer completamente. En la Edad Media se reforzó al ser asimilado al principio más extendido del secreto de confesión. Después de la revolución francesa se puso nuevamente de relieve, a punto de ser un símbolo intocable del ejercicio médico, durante más de ciento cincuenta años. En la última mitad del siglo pasado retomó el camino que nunca debió dejar, cual es, ser considerado un medio de respeto de las personas y no un fin en sí mismo[21].

VII. ASPECTOS QUE COMPRENDE EL SECRETO MÉDICO

La información sometida al deber de sigilo médico comprende, entre otros, los siguientes aspectos: (a) el diagnóstico, pronóstico y terapia de la enfermedad del paciente; (b) otras circunstancias de la enfermedad: gravedad, complicaciones y otros hechos vinculados; (c) internación en establecimientos hospitalarios, etcétera[22].

VIII. NORMATIVA GENERAL

El derecho al secreto médico está incluido, desde hace años, en los códigos de deontología médica. Así, por ejemplo, el artículo 11 del vigente en Francia dispone que el secreto profesional, instituido en el interés de los enfermos, se impone a todo médico en las condiciones establecidas por la ley. El secreto cubre todo aquello que ha llegado al conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión, o sea, no solo aquello que se le ha confiado, sino todo lo que ha escuchado o comprendido.

Las denominadas leyes de «sanidad» de casi todos los países contienen una especie de catálogo de los derechos de los pacientes entre los cuales se incluye el derecho al secreto médico. Así, por ejemplo, la ley española 14/1986 dispone que «todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones sanitarias: […] a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas […]».

En la República Argentina, el artículo 2 inciso c) de la ley 26.529 dispone: «Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por

20 Sayago, Roberto. «El secreto médico. Su evolución, los nuevos problemas y el marco actual de la bioética». *Jurisprudencia Argentina*, IV, 1273 (2001).
21 Hoerni, Bernard & Michel Bénézech. Ob. cit., p. 5.
22 Verdú Pascual, Fernando. Ob. cit., p. 10.

la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25.326».

El derecho aparece en numerosos documentos internacionales vinculados a los derechos humanos. Así, el artículo 10 del Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina, llamado Convenio de Oviedo de 1997, dispone: «*Vida privada y derecho a la información*. 1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud».

El artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Paciente, suscrita en Lisboa en 1981 y completada en Bali en 1994 dice:

> *Derecho al secreto profesional.* a) Toda información identificable concerniente al estado de salud, las circunstancias médicas, el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento del paciente y toda otra información que le concierna, debe quedar confidencial, aun después de su muerte. Excepcionalmente, los descendientes pueden tener un derecho de acceso a las informaciones susceptibles de revelar riesgos que puedan correr en su salud. b) La información confidencial no puede ser divulgada excepto consentimiento expreso del paciente o que la ley lo autorice expresamente. La información no puede ser divulgada a otras personas excepto que acrediten la necesidad de saber; c) Todos los datos identificables concernientes al paciente deben ser protegidos. Esta protección debe corresponder a su forma de almacenamiento. Las substancias humanas a partir de las cuales estos datos son identificables deben ser igualmente protegidas.

La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, 1948-1968-1983, proclama la promesa del médico de «guardar y respetar los secretos a mí confiados, aun después de que un paciente haya muerto». El Código Internacional de Ética Médica, de la misma fuente, reitera: «El médico debe […] salvaguardar las confidencias de los pacientes».

IX. SUJETO OBLIGADO

El obligado a guardar el secreto es el médico. Esta afirmación merece algunas aclaraciones.

Las prácticas hospitalarias ponen barreras a veces insuperables a la eficacia del derecho al secreto. ¿Qué confianza puede tener el paciente internado en un hospital de que el secreto será guardado si es visitado no solo por el médico, sino por la pléyade de asistentes, estudiantes de la facultad, que lo acompañan en cortejo?[23].

23 MAGENDIE, Jean Claude. Ob. cit., p. 157.

El ejercicio de la medicina se hace paulatina y permanentemente más complejo en razón de los progresos de la ciencia y la tecnología, desarrollándose la medicina en equipo; la clásica relación entre dos personas (médico y paciente), que permitía con bastante seguridad la guarda y custodia del secreto profesional, se ha modificado profundamente. Cualquiera se sorprende al contabilizar el número de personas que pueden tener contacto con un enfermo internado; obviamente, el número aumenta cuando se impulsa la seguridad social y se generan nuevos sistemas de atención sanitaria[24].

Además, actualmente, uno de los modos más frecuentes de violar la intimidad es a través del sistema informático organizado por los centros de salud[25], razón por la cual, muchos países han regulado la protección de estos datos y la necesidad de preservar fuera de la información los llamados datos sensibles. Aun así, es indudable que el mayor riesgo para el secreto médico es hoy la informática[26].

Por todo esto (el ejercicio grupal, prácticas frecuentes como consulta, la informatización, etcétera) hoy se habla del derecho al secreto *compartido* o *participado* (*partagé*, en francés). Cabe aclarar que aunque el concepto de secreto compartido fue elaborado hace muchos años, aún no tiene existencia en la mayoría de los textos legales, por lo que se afirma que se trata, todavía, del «hijo bastardo»[27].

X. SUJETO BENEFICIADO

Como regla, el derecho al secreto médico está instituido a favor de los pacientes. Esta parece una verdad de Perogrullo, pero es necesario subrayarla, pues aunque hay un interés social en su respeto, los problemas deben ser resueltos teniendo en consideración el derecho humano de la persona a su ámbito de intimidad y reserva.

XI. SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DE ESTAS OBLIGACIONES

XI.1. Principio general

Establecer normativamente el deber del secreto profesional y sus alcances no es un tema baladí. Por el contrario, su violación trae sanciones, incluso penales en algunos ámbitos[28].

24 Sayago, Roberto. Ob. cit.
25 Para el tema, ver Requejo Naveros, María Teresa. Ob. cit., pp. 34 y ss.
26 Barni, Mauro. «I doveri del medico». En Lenti, Leonardo & otros (eds.). *Trattato di Biodiritto. I diritti in medicina*. Milán: Giuffrè, 2011, pp. 161 y ss.
27 Hoerni, Bernard & Michel Bénézech. Ob. cit., p. 53.
28 Ver, entre otros, Requejo Naveros, María Teresa. Ob. cit.

XI.2. Las sanciones penales

La historia de la regulación penal por la violación del secreto profesional presenta dos tendencias:

Una propicia a la despenalización, por lo que menciona expresamente a los sujetos involucrados (eclesiásticos, abogados, médicos, boticarios, barberos, comadronas, etcétera), lo que implica que los no mencionados no cometen el delito[29].

Otra sanciona de modo genérico la conducta del profesional de divulgar los secretos de otro, cualquiera que haya sido la forma de haberlos llegado a conocer. El distinto tratamiento que reciben los profesionales condujo a propiciar que se sancione, de modo genérico, «al profesional que revelare los secretos de un cliente de los que tuviere conocimiento por razón de su profesión u oficio».

Cualquiera sea la posición que se asuma, cabe recordar que el derecho penal es la *última ratio*. Se lee en el voto razonado de García Ramírez de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaído en la causa *De La Cruz Flores vs. Perú*, fallado el 18 de noviembre de 2004:

> La ley penal debe contemplar, para efectos punitivos, ciertas conductas que afectan gravemente los bienes jurídicos más relevantes. La idea de un Derecho penal mínimo, asociada al garantismo, que hoy enfrenta diversos embates, supone la incriminación de tales conductas ilícitas, habida cuenta de su gravedad y de la lesión que producen, cuando no se dispone de medios sociales o jurídicos alternos para evitarlas o sancionarlas. Bajo este concepto, la ley penal debe ser utilizada como último recurso del control social y concentrarse en esos comportamientos de gravedad extrema.

Por eso, si el código penal sanciona el atentado a la intimidad mediante la violación del secreto profesional es porque considera que se trata de una conducta *grave*; esta calificación deriva de los siguientes elementos: (i) el sujeto activo, especialmente si se trata de un profesional funcionario público, pues está en juego el correcto funcionamiento de la administración; (ii) la particular relación de confianza y necesidad que media entre el sujeto activo y la víctima; (iii) el bien jurídico que se protege (la defensa de la intimidad como derecho de la personalidad)[30].

29 Paralelamente, algunos códigos de procedimiento individualizan qué profesionales no están obligados a declarar, lo que implica que los demás deben hacerlo. Así, por ejemplo, el artículo 141 del Código de Procedimientos Penales del Perú dispone que «no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstétricas, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión».

30 Otero González, María del Pilar. Ob. cit., p. 6.

Así, en el título relativo a los delitos contra la libertad, en el capítulo III, el código penal argentino regula la «Violación de Secretos y de la Privacidad» y el artículo 156 dispone: «Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa».

De cualquier modo, las sentencias que sancionan penalmente a los médicos por violación del secreto son escasas. Cabe recordar una decisión interesante del Tribunal Supremo Español del 4 de abril de 2001 que condenó a una médica a un año de prisión, a una multa e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por dos años (la pena mínima) y a reparar los daños causados. Los hechos eran los siguientes: en un hospital, la profesional de la salud atendió a una mujer a quien conocía por provenir ambas de un pequeño pueblo. De la historia clínica, la profesional extrajo el dato de que la paciente estaba embarazada y que había tenido dos abortos anteriores. La médica reveló este secreto a la hermana de la gestante quien, en realidad, ya lo conocía de antes. El Tribunal Supremo revocó la absolución de los jueces de grado que entendieron que lo revelado era asimilable a las noticias que publica la prensa amarilla. La sentencia condenatoria argumentó que para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender, y que lo manifestado por el tribunal de grado frivolizaba sentimientos de modo no ajustado a la realidad.

XI.3. El derecho penal, el deber de denunciar del funcionario público y el delito de aborto

Como he adelantado, uno de los conflictos que tiene llegada a la justicia con mayor frecuencia es el de la oposición entre deber de denunciar y violación al deber de secreto. En efecto, por un lado, la ley penal reprime la violación del secreto profesional; por el otro, obliga a denunciar a los que «por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público».

Los médicos de los hospitales de los países que penalizan la interrupción del embarazo tienen el problema de esa confrontación. Por el contrario, los de los países que autorizan el aborto no tienen dificultad alguna en reconocer que existe deber de mantener el secreto médico[31].

31 SCHAMPS, Geneviève. «Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge». En FEUILLET-LIGER, Brigitte & Ryuichi IDA. *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire.* Bruselas: Bruylant, 2011, p. 105.

En Argentina, la sentencia plenaria recaída en la causa *Natividad Frías* de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, del 26 de agosto de 1966, decidió por nueve votos contra ocho que:

> *No* puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no— pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.

Esta posición, que personalmente comparto, se funda en las siguientes razones:

(i) «La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una auto-acusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible, admitir que una auto-acusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse a favor de la prevalencia del interés social de reprimir el delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada (artículo 18 CN). Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo [...] menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable».

(ii) La colisión entre la obligación de mantener el secreto profesional y el deber de los médicos de hacer conocer a la autoridad los delitos de los que tuvieren conocimiento en ejercicio de sus funciones es superada entendiendo que las manifestaciones de la paciente respecto de su aborto no alcanzan a configurar la «justa causa» que el Código reclama para justificar la violación del secreto profesional. Esta causa es exclusivamente legal. Es decir, que solo una ley puede eximir de guardar el secreto debido, convirtiendo en obligación su quebranto.

(iii) La posición contraria obliga a la mujer a elegir entre la disyuntiva «morir o ir a la cárcel».

El maestro Bidart Campos dio valioso apoyo a la solución, con estos argumentos:

> No dudamos que el médico que bajo revelación del enfermo toma conocimiento del aborto no puede denunciar el delito. Se lo impide

> el secreto profesional, que para nosotros tiene seguro arraigo constitucional en el derecho a la intimidad o privacidad. El médico no puede disponer, a su criterio, de ese secreto. O sea, no puede optar entre guardarlo o hacerlo público, porque en la relación de privacidad entre él y el paciente tiene el deber constitucional de abstenerse de revelar lo que supo bajo secreto profesional. Es por eso ortodoxo nulificar los testimonios de la mujer abortada y de su madre, por cuanto sus respectivas declaraciones bajo juramento de decir verdad encierran autoinculpación, con alcance incompatible respecto de la inmunidad de declarar contra sí mismo que concede el art. 18 de la CN[32].

No obstante, las discrepancias continúan. Algunos jueces, aun perteneciendo al mismo ámbito del tribunal que dictó el plenario, se rebelan y resuelven lo contrario sobre la base de inexistentes particularidades del caso. En este sentido, se afirma que,

> [...] la presentación de una persona en un hospital revelando haber cometido un aborto o consentido que otro lo causare no implica autoacusación forzada para preservar su vida, sino el desenlace en todo caso natural de una acción ilícita que habría sido ejecutada conociendo los riesgos que previsiblemente podrían afrontarse. La comunicación del aborto a la autoridad policial efectuada por el médico de la paciente no es típica del delito de violación de secretos, no solo porque no impone un daño en el sentido de injusta afectación de bienes jurídicos amparables, sino también porque existe justa causa de revelación[33].

Más aun, un tribunal superior de provincia, me refiero a la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, el 12 agosto de 1998[34] decidió:

> Los profesionales que presten servicios en instituciones privadas no están exentos del deber de denunciar los hechos ilícitos que pudieran llegar a su conocimiento. Ello es así pues además de la normativa adjetiva que les impone tal comportamiento, se ven compelidos por lo previsto en el art. 277 del CPP en cuanto prevé la figura

32 Bidart Campos, Germán. *Denuncia de aborto y secreto profesional del médico*. ED 166-224.

33 Ver sentencia de la Sala Séptima en el caso G.N. del primero de abril de 2007, con nota crítica de Gulco, Hernán. «La tutela de la intimidad y el rechazo de "Natividad Frías"». *Jurisprudencia Argentina*, IV, 295 (2007). En la sentencia se encuentran amplias referencias a la jurisprudencia en uno y otro sentido. Algunas motivaciones son muy interesantes, pero, lamentablemente, la regla que formula luego se aplica mal. Así, por ejemplo, se afirma: «Los derechos constitucionales no son gallos de pelea; debe partirse de la unidad de los derechos fundamentales, en una visión tendiente a su concreta armonización». Las distintas posiciones jurisprudenciales también se reseñan en Cepede, Analía de los Ángeles. Ob. cit. (la posición que adopta la autora no es clara; parece compartir el criterio mayoritario de la Suprema Corte de Santa Fe).

34 LL 1998-F-545, con nota desaprobatoria de Bidart Campos, Germán. *Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico. Entre medio: aborto, vida, salud, igualdad*. ED 179-191 y en Foro de Córdoba 54-179, y de Gil Domínguez, Andrés. *Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza*.

> de encubrimiento y por las leyes específicas que regulan el ejercicio de las ramas del arte de curar en nuestro país[35].

Bidart Campos criticó con su habitual agudeza los argumentos del voto mayoritario:

> [...] la vida en gestación que se había destruido con el aborto ya no podía protegerse en el caso, porque el *nasciturus* no existía. Ergo, el conflicto verdadero que con realismo tenía que resolverse no incluía la protección a la vida en gestación de un ser al que el aborto había eliminado. Un criterio de eficacia, unido a un juicio de previsibilidad sobre las consecuencias del fallo parece decirnos que, desde el plano del derecho constitucional, la política criminal y la legislación penal consecuente, no han de trasladarse a las mujeres pobres el riesgo de la persecución penal por el delito de aborto ya consumado, porque el secreto médico y la vida o salud de la madre colocan en un nivel más alto y más valioso la obligación (también constitucional) del Estado (incluidos los jueces) y de los profesionales del arte de curar, de promover la igualdad real de oportunidades y de trato mediante las prestaciones de salud a favor de todas las mujeres, incluidas las que han abortado. No nos olvidemos que el art. 75 inc. 23, después de instar a la igualdad, particulariza cuatro grupos humanos en especial, y dentro de ellos, menciona a las mujeres.

En Argentina, la cuestión debe considerarse definitivamente zanjada por la Corte Federal en el caso *Baldivieso, César Alejandro*, del 20 de abril de 2010 que ratificó el criterio del plenario Natividad Frías en el caso de un imputado por el delito de tráfico de drogas que concurrió a un hospital público, frente al grave riesgo que significaba portar esa droga dentro de su cuerpo.

En el resto de América Latina, el debate también debe estimarse cerrado tan pronto los jueces nacionales apliquen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso *De La Cruz Flores vs. Perú*, fallado el 18 de noviembre de 2004, aceptó la tesis según la cual «Perseguir penalmente actividades profesionales lícitas, so pretexto de combatir el terrorismo, vulnera el artículo nueve de la Convención Americana, al penalizar un hecho lícito: la actividad médica».

35 El artículo 277 del Código Penal ubicado en el capítulo «Encubrimiento» dispone: 1. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:
a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta.
b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.
e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

Si el médico puede asistir al terrorista herido y guardar silencio sobre ese acto, con mayor razón puede y debe asistir a una mujer que se ha sometido a un aborto clandestino y concurre a un centro de salud para ser asistida. Recuérdese que en este caso, el Tribunal Constitucional del Perú había justificado la sanción con el siguiente argumento:

> […] respecto de los médicos cuya responsabilidad está acreditada, si bien como profesional de la salud estaban obligados a usar su ciencia a favor de quien la necesita, sin distinción alguna, velando por la vida humana, haciendo caso omiso a credos políticos religiosos, las sindicaciones contra ellos no son simplemente por haber actuado como médicos en favor de elementos terroristas, pues de ser así, no sería delito, sino que cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, *está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas*.

O sea, según el tribunal peruano, el médico tiene ambas obligaciones: asistir y denunciar.

La Corte Interamericana respondió categóricamente con el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, que señala que «Nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos», y con el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, que disponen que «No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad». Concretamente, en el parágrafo 97 de la decisión se lee: «la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional». Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que:

> [...] el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente […] En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal estima que el Estado peruano incurrió en una violación del principio de legalidad, por […] penalizar el acto médico que no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión.

El voto razonado del juez García Ramírez agrega:

> 8. El Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones

de estas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquella, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante —o delator— de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión.

9. En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no solo para bien privado, sino también —y quizás ante todo— para bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores. Sobra describir la crisis que traería consigo la subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculpado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión —que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental— la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo.

XII. EL SECRETO MÉDICO Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

XII. 1. La situación de los adolescentes en la región

Intento, de aquí en adelante, trasladar los principios generales sobre el secreto médico a la situación de los adolescentes. La cuestión es cuantitativa y cualitativamente muy importante.

La población joven de entre 10 y 24 años representa el 24,5% de la población de América. En América Latina y el Caribe hay más de 100 millones de adolescentes de entre 10 y 18 años. Esta cifra es la más alta en la historia de la región, lo cual implica un cambio en la estructura de edades. Esto aporta muchos beneficios, pero también casi

el mismo número de desafíos. En América Latina, aproximadamente 58 millones (41% de los jóvenes) viven en la pobreza y el 22% de aquellos que viven en pobreza extrema tienen entre 13 y 19 años de edad.

Con esos índices, no debe extrañar que se registre la segunda tasa más alta de embarazos adolescentes del mundo. Un promedio de 38 % de las mujeres se embarazan antes de cumplir los 20 años. Casi el 20 % de nacimientos vivos son de madres adolescentes. Entre las que se encuentran en situación de pobreza, la fecundidad es tres veces más alta que en el resto; el uso de los métodos anticonceptivos es menor y tienen más probabilidad de dar a luz antes de los 20 años[36].

Se advierte, pues, un círculo vicioso entre exclusión social y fecundidad adolescente, en la medida en que esta se produce especialmente en mujeres de escasos recursos y con bajo nivel educativo. El embarazo adolescente afecta el desarrollo de las mujeres jóvenes y sus hijos e hijas tanto en el ámbito de la salud, como en la inclusión social, en la educación y en el trabajo[37].

Según la Organización Mundial de la Salud, cerca de dos tercios de muertes prematuras ente los adultos están ligadas a afecciones contraídas o a comportamientos adoptados durante la infancia y la adolescencia. Esta situación debería ser, entonces, una preocupación central de las políticas de salud pública. En un mundo en el que la juventud tiene dificultades para encontrar su lugar, en el que ella es la primera víctima de las crisis sociales o humanitarias, nuestro deber es comprometernos a fin de proteger su salud y garantizar sus derechos como persona[38].

XIII. PRIMER PUNTO DE PARTIDA: PRESENCIA DE UN MENOR COMPETENTE, AUTÓNOMO

Como es sabido, la conciencia del propio cuerpo llega a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad; si se puede poner sobre la mesa la voluntad del niño cuando se trata de su cuerpo es, precisamente, porque es «sobre su cuerpo que el espíritu se despierta primero y pronto»[39].

De allí que todas las referencias que siguen a continuación se refieren al adolescente, o al llamado «menor maduro» (*mineur mûr*, *mature minor*) o competente, o con autonomía suficiente para comprender el acto médico[40].

36 CEPAL. *Objetivos de desarrollo del milenio: una mirada desde América Latina y el Caribe*. UNICEF, 2005 (www.unicef.org/lac/Fast_facts_SP(1)pdf).

37 MORLACHETTI, Alejandro. «Adolescencia y juventud: sus derechos sexuales y reproductivos». *Jurisprudencia Argentina*, II, 1233 (2011).

38 BACHELOT-NARQUIN, Roslyne. Prólogo. En FEUILLET-LIGER, Brigitte & Ryuichi IDA. Ob. cit., p. 1.

39 CORNU, Gerard. Prólogo. En DUVAL-ARNOULD, Domitille. Ob. cit., p. xvi.

40 Para estas nociones, desarrolladas en Inglaterra a partir del caso Gillik, ver de mi autoría, «El derecho del menor sobre su propio cuerpo». En BORDA, Guillermo (dir.). *La persona humana*. Buenos Aires:

XIV. SEGUNDO PUNTO DE PARTIDA. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Toda solución debe estar presidida por un principio básico de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Obviamente, me refiero al interés superior del niño previsto, específicamente, en el artículo 3 que dice: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Si el interés superior del niño consiste, como dice el artículo 3 de la ley argentina 26.061, en la «máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley», es imprescindible hacer un muestreo de qué derechos tiene el niño vinculados a su cuerpo, pues toda solución debe respetarlos.

a. El artículo 16 de la Convención dice: «1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitraria o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques». El artículo 10 de la ley 26.061 dispone de modo coincidente: «*Derecho a la vida privada e intimidad familiar*. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales».

b. Los artículos 25 y 26 de la Convención dicen:

   Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

   [...]

   1. Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda,

La Ley, 2001, p. 249, y «I Seminario Internacional en Minoridad y Familia». Mendoza, 2001, p. 7. En BERGEL, Salvador & Nelly MINYERSKY, (coords.). *Bioética y derecho.* Santa Fe: Rubinzal, 2003, p. 105; y en DINIZ, Maria Helena & Roberto Senise LISBOA (coords.). *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Coincidentemente, el artículo 22 de la ley 26.061 menciona expresamente: «*Derecho a la dignidad*. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen».

a. El artículo 2 inciso c) de la ley 26.529 de los derechos del paciente, referido al derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos y a revocar posteriormente su manifestación de voluntad, agrega: «Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud»[41].

XV. TERCER PUNTO DE PARTIDA. EL DERECHO DEL NIÑO MADURO FRENTE A SUS REPRESENTANTES

La normativa antes citada nos lleva al convencimiento de que todo niño tiene derecho a su dignidad, a su intimidad y, en consecuencia, todo lo dicho respecto al secreto de los adultos no debería ser diferente para los niños. Al contrario, estos derechos deberían estar profundizados en tanto el niño tiene derecho a un plus, a más derechos, precisamente por su situación de vulnerabilidad[42].

La cuestión planteada, entonces, es cómo se aplica este secreto cuando el niño maduro pide que determinados datos no sean revelados a sus representantes o guardadores. En otras palabras, el tema es si el niño o adolescente maduro, competente, autónomo, tiene derecho al secreto médico aun frente a sus representantes legales[43]. La cuestión no es fácil de resolver; parafraseando a Kornprost podría decirse que es «una zona de sombras, en la que el Derecho no la pasa bien»[44].

41 Un análisis de esta norma puede verse en Fernández, Silvia. «Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado del propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26.529 de Derechos del Paciente». *Jurisprudencia Argentina*, III, 928 (2010).

42 Ver, por ejemplo, García Noriega, Antonio. *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*. Madrid: Grupo Difusión, 2009, pp. 219-315; el autor desarrolla la cuestión bajo el título «La protección de la infancia y de la juventud como límite a la libertad de expresión».

43 No me refiero, por lo tanto, al derecho de los padres a controlar la correspondencia de sus hijos y, consecuentemente, respetar el secreto que ella encierra (para este tema, en España, ver Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Ob. cit., p. 313).

44 Kornprost, Louis. Citado en Duval-Arnould, Domitille. Ob. cit., p. 81.

XVI. EL DERECHO AL SECRETO DEL ADOLESCENTE. DOS POSICIONES ENCONTRADAS

Como en muchos ámbitos del derecho, existen, como mínimo, dos posiciones opuestas que, sin embargo, se encuentran en muchos puntos; esencialmente, cuando una y otra reconocen excepciones a la regla.

XVII. FUNDAMENTOS DE LA TESIS NEGATIVA, O SEA, LA QUE SOSTIENE QUE LA PERSONA MENOR DE EDAD, AUN MADURA O COMPETENTE, NO TIENE DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL FRENTE A SUS REPRESENTANTES LEGALES

Esta posición argumenta de la siguiente manera:

a. El cliente del médico es incapaz, tiene representantes; por lo tanto, no se puede sancionar al galeno por haber comunicado lo que le ocurre al incapaz a esos representantes.

b. La obligación del representante es cuidar a la persona incapaz; debe presumirse que la revelación del secreto será en el propio interés del menor, en tanto permitirá al médico explicar y aconsejar a los representantes, sobre todo cuando el joven no puede mensurar la gravedad de su estado.

c. Este efecto es especialmente aplicable tratándose de enfermedades genéticas, en tanto los integrantes de la familia pueden llegar a ser la fuente mayor de confort del paciente.

d. El niño es incapaz para contratar; el médico tiene derecho a percibir sus honorarios; solo puede reclamárselos a los representantes legales, por lo que no le queda otra posibilidad que revelarles el secreto para poder cobrar lo que legítimamente le pertenece.

e. La posición que sostiene que no se debe revelar el secreto ni siquiera a los parientes implica una posición liberal individualista; la confidencialidad se basa en la percepción según la cual el paciente es visto como alguien separado de los otros o libre de los constreñimientos sociales. Muy por el contrario, la familia juega un importante rol, especialmente cuando el paciente no tiene suficiente competencia para tomar decisiones.

XVIII. FUNDAMENTOS DE LA TESIS POSITIVA, O SEA, LA QUE SOSTIENE QUE LA PERSONA MENOR DE EDAD MADURA O COMPETENTE TIENE DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL TAMBIÉN EN CONTRA DE SUS REPRESENTANTES[45]

Esta tendencia, predomina en la mayoría de los países, razona de la siguiente manera:

a. Las libertades fundamentales de la persona menor de edad, entre las cuales se encuentra su intimidad, tienen también eficacia directa en las relaciones paterno–filiales[46].

b. La persona menor de edad puede tener secretos, aun cuando sea un incapaz para contratar. Puede ser que los comparta con una persona de confianza y no con sus representantes legales; por eso, las leyes más modernas de salud autorizan al adolescente a concurrir a peticionar el servicio con esa persona de confianza (por ejemplo, ley belga del 22 de agosto de 2002)[47].

c. El interés del menor puede estar en guardar el secreto profesional. Se reconoce que el interés superior del niño es un concepto fluido y variable, difícil de definir y, después de todo, pertenece en primer lugar a los padres apreciar qué es mejor para su hijo. Sin embargo, tratándose de salud, esto no siempre es así; hay enfermedades o situaciones atingentes al cuerpo que, sin ser una enfermedad, generan en los padres grandes sufrimientos que pretenden apagar invadiendo el cuerpo del niño, como son las mutilaciones en adolescentes hermafroditas o pseudo hermafroditas y otros tipos de personas transgénero. Es importante disuadir al adolescente para que revele a los padres lo que le sucede, especialmente tratándose de enfermedades vinculadas a la salud psíquica (bulimia, anorexia, etcétera). Pero si después de los mejores esfuerzos médicos, el adolescente le pide que no revele la enfermedad, la conducta contraria del médico puede ser vista como una traición, el paciente pierde confianza en el médico, y una consecuencia frecuente es el abandono del tratamiento.

d. Revelar el secreto puede significar conflictos familiares muy graves; por ejemplo, en el caso de manifestar a una familia muy religiosa que la hija mujer ha perdido la virginidad. Más aún, en algunos casos, esta información puede haber sido pedida por los propios padres para cumplir con una convención fundada en las costumbres. Piénsese también en el testigo de Jehová

45 Esta es la tesis que predomina en Bélgica (ver SCHAMPS, Geneviève. Ob. cit., p. 91).
46 ALÁEZ CORRAL, Benito. *Minoría de edad y derechos fundamentales.* Madrid: Tecnos, 2003, p. 227.
47 SCHAMPS, Geneviève. Ob. cit., p. 97.

que no quiere revelar a los padres la enfermedad que exige una transfusión sanguínea, y otros supuestos que enfrentan al adolescente con creencias de sus padres que él no siempre comparte. Teniendo en cuenta estos casos y otros análogos, la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño (ONU) sobre el derecho del niño a ser escuchado —CRC/C/GC/12— primero de julio de 2009, dice: «Es necesario que los Estados introduzcan normas para garantizar el acceso de los niños *al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres, independientemente de la edad del niño*, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o el bienestar del niño».

e. El reconocimiento del derecho al secreto médico camina a la par de la evolución del estatuto del niño. Como paciente, él tiene derecho al secreto médico; de allí que lo deseable es que el médico pueda administrar el tratamiento sin informar a los padres si el adolescente maduro así lo reclama.

f. Se reconoce, sin embargo, que en las legislaciones que no establecen una edad para el acto médico, (por ejemplo, 16 años), quien juzga si el adolescente tiene o no autonomía es el médico; por lo tanto, si considera que no tiene madurez, avisará a los padres.

XIX. LA TESIS POSITIVA EN LA DECLARACIÓN DE OTTAWA

La Declaración de Ottawa sobre la Salud del Niño, adoptada por la Quincuagésima Asamblea Médica Mundial (AMM), Ottawa, Canadá, octubre de 1998 y enmendada por la Sexagésima Asamblea General de la AMM, Nueva Delhi, India, octubre de 2009, dice:

> Los principios de esta Declaración se aplican a todos los niños del mundo desde su nacimiento hasta la edad de 18 años, sin consideración de raza, edad, etnia, nacionalidad, afiliación política, credo, idioma, sexo, enfermedad o discapacidad, capacidad física, mental, orientación sexual, historia cultural, experiencia de vida o posición social del niño o de sus padres o representantes legales. En todos los países del mundo, sin considerar los recursos, cumplir estos principios debe ser una prioridad para los padres, comunidades y gobiernos. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) establece los derechos de todos los niños y jóvenes, pero estos derechos no pueden existir sin la salud.

Al enunciar los *principios generales* declara:

3. Una amplia gama de recursos de salud para todos significa:

   El interés superior del niño será el criterio principal en la prestación de atención médica […] j) El consentimiento informado es necesario antes de iniciar cualquier procedimiento diagnóstico, terapéutico, rehabilitador o de investigación en un niño. En la mayoría de los casos, el consentimiento debe obtenerse de los padres o representante legal, o en algunos casos, de la familia, *aunque los deseos de un niño competente deben tomarse en cuenta antes de otorgar el consentimiento*.

4. Las acciones de investigación y monitoreo para un mejoramiento continuo incluyen […] e) *La privacidad del paciente niño será respetada.*

Los principios *específicos* que surgen de los documentos que sirvieron de base a este dicen, entre otros aspectos:

Dignidad del paciente

a) Todo paciente niño debe ser tratado en todo momento con respeto a su dignidad e intimidad.

b) Los médicos y otros trabajadores de la salud deben mantener la confidencialidad y la información sobre los pacientes niños como si fuesen adultos.

c) El paciente niño suficientemente maduro para realizar una consulta no acompañado por sus padres o guardianes tiene derecho a la intimidad y deben prestárseles servicios confidenciales. Su pedido debe ser respetado y la información obtenida durante esa consulta o la sesión de consejos no puede ser revelada a los padres o representantes, excepto con el consentimiento del niño. Si el médico no comparte el pedido del niño por razones religiosas o morales, el niño debe ser derivado a otro médico para la consulta, el consejo o el tratamiento.

La confidencialidad hacia el niño maduro puede no respetarse si es para denunciar abusos o abandonos, o si está en eminente riesgo de muerte o de seria y permanente discapacidad[48]. Obviamente, si estos abusos o abandonos provienen de la propia familia, el levantamiento del secreto

48 Un resultado similar se deriva del artículo 226-13 del Código Penal francés, que reprime la violación del secreto profesional, salvo que se trate, para el médico, de revelar la existencia de privaciones o ataques a menores de quince años. La doctrina señala que la norma no distingue expresamente según que el servicio sea requerido por un tercero o por el propio menor (Duval-Arnould, Domitille. Ob. cit., p. 142).

no opera frente a los propios agresores, sino frente a las autoridades competentes del Estado.

Otra disposición muy importante de este documento que no cabe silenciar, aunque no sea el tema estricto de estas reflexiones, es la que dice: «Ninguna niña puede estar sujeta a mutilaciones genitales», y remite al *WMA Statement on Female Genital Mutilation*.

La existencia de estas normas (que se incluyen en el denominado *soft law*), no ha eliminado las dificultades generadas en la aplicación de las normas positivas sobre secreto médico respecto de los niños y adolescentes.

XX. UN PROBLEMA ESPECÍFICO: LA POSICIÓN POSITIVA Y EL PROBLEMA DEL PAGO DE LOS HONORARIOS MÉDICOS

No niego importancia a la cuestión relativa a quién toma a cargo el pago de los servicios. Cuando esos servicios los presta el Estado gratuitamente, no hay problemas.

Tampoco si el menor paga. Esto es posible, a veces, cuando se trata de una consulta, o de tratamientos o intervenciones breves. En cambio, cuando el adolescente requiere un tratamiento largo, no parece que el menor se pueda hacer cargo.

El secreto también parece debilitarse cuando los servicios son a cargo de la seguridad social y el beneficiario titular es el representante legal. La situación, en estos casos, parece limitar la autonomía.

XXI. JURISPRUDENCIA QUE APOYA LA TESIS AFIRMATIVA

Un tribunal de Bruselas dijo el 28 de marzo de 1900 que si el médico tuviese derecho de dirigirse al representante legal del paciente menor de edad que se fue a vivir al extranjero para cobrar sus honorarios, no podría hacerlo sin violar el secreto profesional, revelando al padre la naturaleza de la enfermedad que motivó el pedido de cuidados, especialmente, en el caso en que el médico fue consultado por una enfermedad llamada secreta, que evidentemente el menor deseaba ocultar a su padre[49].

49 Citada por DUVAL-ARNOULD, Domitille. Ob. cit., p. 143.

XXII. CONSECUENCIAS DE LA TESIS AFIRMATIVA: EL MÉDICO, INTERMEDIARIO ENTRE EL NIÑO Y LA FAMILIA

La obligación de guardar el secreto coloca al médico en el carácter de intermediario entre el adolescente y sus representantes legales. Más aun, él debe ofrecerse para actuar como tal.

XXIII. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO

El derecho al secreto no es absoluto, sea el paciente adulto o adolescente; en todas las épocas, se han reconocido excepciones. Como regla, la revelación de la información médica a los integrantes de la familia sin el consentimiento del paciente, sea este plenamente capaz o un adolescente maduro, se justifica en circunstancias *excepcionales*, cuando la información permite a los miembros del grupo familiar evitar serias lesiones físicas o incluso la muerte.

Ver los siguientes casos:

a. La importancia de las epidemias, la observación de su carácter mortal, hizo aparecer la necesidad de declararlas para poder tomar medidas destinadas a reducir la propagación. Así, por ejemplo, en 1640, en un tratado sobre la peste, F. Ranchin, que conducía la Universidad de Montpellier, escribió: «Los médicos, cirujanos y farmacéuticos están obligados a informar al Consejo de Salud sobre el número y calidad de sus enfermos y, particularmente, la condición en la que los enfermos se encuentran; este informe sobre los enfermos debe ser diario a fin de que se puedan tomar medidas»[50]. Actualmente, entre los casos de excepción que permiten revelar el secreto, se mencionan las enfermedades contagiosas. El riesgo de contagio implica la necesidad de que las personas con las cuales el paciente enfermo (plenamente capaz o adolescente) tiene contacto sean advertidas para poder protegerse a sí mismas.

b. Las enfermedades genéticas presentan algunas peculiaridades. La información genética se distingue por su carácter compartido, pues los datos no atañen solo a la persona que se somete a la prueba genética, sino también a los familiares biológicos y sus posibles descendientes, dada la condición hereditaria de las características genéticas[51]. Así, por ejemplo, si a una persona se le diagnostica que es portadora de una determinada anomalía genética, puede significar que alguno de sus hermanos también lo sea. Dicho de

50 Citado en Hoerni, Bernard & Michel Bénézech. Ob. cit., p. 34.
51 Requejo Naveros, María Teresa. Ob. cit., p. 263.

otro modo, la información sobre la constitución genética de un individuo puede ser también información de sus familiares por lo que estos familiares pueden tener un interés significativo en acceder a esa información. La Comisión de Genética Humana de Inglaterra dijo en el año 2002: «La revelación de información genética personal y sensible en beneficio de los integrantes de la familia puede estar justificada en ciertas circunstancias, cuando el paciente no da su consentimiento para esta revelación y el beneficio de esa revelación es sustancialmente de mucho mayor peso que la demanda de confidencialidad del paciente»[52]. En esta línea, algunos sostienen que esa información, más que pertenecer al paciente, corresponde a la familia. Sin embargo, esa titularidad conjunta, que puede afirmarse desde un punto de vista biológico, no lo es desde una perspectiva jurídica; la quiebra de la confidencialidad acabaría teniendo un efecto negativo de magnitud en la protección de la salud en general[53], por lo que se trata, como en otros supuestos, de casos de excepción.

c. Para los supuestos específicos de pacientes adolescentes, maduros, o autónomos, hay un cierto acuerdo en que el secreto puede ser relevado en situaciones de excepcional riesgo o peligro, como es el caso del menor que amenaza suicidarse, o causar lesiones a otros. Pero, aun así, los jueces exigen, para relevar del secreto, que: (i) pueda identificarse el pariente o familiar a quien se alertará; (ii) hay conciencia del riesgo serio y grave; (iii) se entiende que revelando la información, serios daños pueden ser prevenidos[54].

XXIV. UN CASO PARTICULAR: LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO SIN COMUNICACIÓN A LOS PADRES EN LOS PAÍSES EN LOS QUE LA PRÁCTICA ES LÍCITA. EL SECRETO MÉDICO FRENTE AL PEDIDO DE LA ADOLESCENTE QUE LA INTERVENCIÓN NO SE COMUNIQUE A LOS PADRES

El informe presentado ante la Asamblea de Naciones Unidas el 3 de agosto de 2011, titulado *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,* preparado por Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, recuerda la preocupación del Comité de los Derechos del Niño por los efectos nocivos producidos por las leyes que restringen el aborto en el derecho a la salud de las

52 Citado en Gilbar, Roy. Ob. cit., p. 195.

53 Requejo Naveros, María Teresa. Ob. cit., p. 264.

54 Estos son los casos más frecuentes en los que los jueces ingleses relevan del secreto al médico. Ver Gilbar, Roy. Ob. cit., p. 195; la solución también se acepta en España (San Julián, Verónica. «Adolescence et acte médical en Espagne» En Feuillet-Liger, Brigitte & Ryuichi Ida. Ob. cit., p. 161).

niñas adolescentes (número 22). También refiere que algunos Estados obligan a las adolescentes a obtener el consentimiento de sus padres para adquirir determinados medios anticonceptivos; califica a estas leyes como órdenes normativos que «infringen el derecho de las niñas a tomar decisiones libres y bien fundadas en lo que respecta a su salud sexual y reproductiva», y señala que responden a «nociones discriminatorias del papel de la mujer en la familia y en la sociedad» (número 57).

Afortunadamente, también existen normas y decisiones jurisprudenciales que escapan a estos calificativos, tales como las que se mencionan a continuación, a modo de ejemplo.

a. En Alemania, después de una decisión judicial del 24 de abril de 1997, la mayoría de los autores aprueba la práctica médica según la cual *no* se necesita autorización parental para practicar la interrupción del embarazo si la adolescente es apta para comprender las consecuencias de sus actos. La capacidad de discernimiento se presume a los 16 años, pero el médico debe evaluar la capacidad *de facto* de cada menor y puede entender que una adolescente más joven tiene discernimiento. Por eso, la determinación de si la adolescente es o no madura, tiene o no competencia o autonomía, recae sobre las espaldas del médico. En definitiva, el profesional no está habilitado para informar a los parientes sin el acuerdo del interesado, siempre que este tenga discernimiento; si no lo tiene, la voluntad de los padres debe ser requerida. Si la paciente mantiene su voluntad de abortar, debe orientarla hacia un centro de planificación familiar donde, como a cualquier mujer adulta, se le dará un plazo de reflexión de tres días; si persiste en su posición, el médico practicará la interrupción del embarazo[55].

b. En España, la adolescente que tiene madurez suficiente puede tomar por sí sola la decisión de interrumpir o proseguir con su embarazo. El artículo 13 de la ley del 24 de febrero de 2010 presume esa capacidad en la mujer de 16 años. Los médicos deben respetar su derecho a la confidencialidad, salvo que exista peligro para la vida de la adolescente, en cuyo caso, deben comunicarlo a los padres[56].

c. En Inglaterra, las nociones de autonomía y competencia se aplicaron en el caso *Axon,* del año 2006. Si la joven tiene autonomía, entonces puede ir adelante con la interrupción

55 Furkel, Françoise. «L'adolescent face à l'acte médical en République Fédérale d'Allemagne. Une autonomie grandissante malgré les silences regrettables du législateur». En Feuillet-Liger, Brigitte & Ryuichi Ida. Ob. cit., p. 77.

56 San Julián, Verónica. Ob. cit., p. 161.

del embarazo, sin que se comunique a sus padres, si esa es su voluntad[57].

d. En Francia, el artículo 1111-5, según redacción impuesta por la ley 2002-303 (ley relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud) dice:

> El médico puede ser dispensado de obtener el consentimiento del o de los titulares de la autoridad parental sobre las decisiones médicas a tomar cuando el tratamiento o la intervención se imponen para salvaguardar la salud de una persona menor y esta se opone expresamente a que se consulte a los titulares de la autoridad parental a fin de guardar el secreto sobre su estado de salud. Sin embargo, el médico debe, desde el primer momento, esforzarse en obtener el consentimiento del menor para esta consulta. En el caso que el menor mantenga su oposición, el médico puede hacer el tratamiento o la intervención. En este caso, el menor se hace acompañar de una persona mayor a su elección. Cuando una persona menor cuyos lazos de familia se han roto es beneficiaria, a título personal, del reintegro de las prestaciones derivadas del seguro de salud o de coberturas de maternidad previstas en la ley 99/641, solo se requiere su consentimiento.

XXV. OTRO CASO ESPECÍFICO. LOS TEST PARA DETECTAR VIH

En Alemania, un adolescente maduro, sin autorización de los padres y, consecuentemente, bajo secreto, puede solicitar se le practiquen los test de despistaje del sida y que se guarde secreto sobre su resultado[58].

En la República Argentina, la Ley Nacional de Sida número 23.798, sancionada en 1990 y reglamentada en 1991, por el decreto 1244/91 dispone:

> «Art. 2º– Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:
>
> a) Afectar la dignidad de la persona;
>
> b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación;

57 CALLUS, Thérèse. «L'autonomie relative du mineur mur en droit anglais». En FEUILLET-LIGER, Brigitte & Ryuichi IDA. Ob. cit., p. 240.
58 FURKEL, Françoise. Ob. cit., p. 77.

c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma respectiva;

d) Incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina;

e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada».

«Art. 8º– Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarles sobre el carácter infecto contagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada».

La ley no contiene ninguna limitación según la edad del paciente. La doctrina entiende que el médico debe hacer comprender al portador que la notificación a los integrantes de su familia será *beneficiosa* para todos, por lo que es frecuente la incorporación del vocablo «paciente colaborador».

XXVI. CONCLUSIONES PROVISORIAS

La regla del secreto no ha sido hecha para ser respetada hasta el absurdo[59]. Como se ha visto, reconoce excepciones. Sin embargo, esas excepciones, como tales, deben ser aplicadas con criterio de estricta razonabilidad. Lo ideal es que adolescentes y padres marchen unidos en la defensa del cuerpo de una persona que está en pleno desarrollo. Lamentablemente, lo ideal no siempre se concreta en la práctica; de allí, la necesidad de contar con médicos preparados para resolver estos desafíos.

Como dice Mordecai Kaplán, por regla general, los hombres no se intimidan por la complejidad creciente de la vida cuando esa complejidad abre nuevos horizontes. La autonomía progresiva es una noción compleja, pero abre nuevos horizontes; de allí, la necesidad de que sea comprendida por los padres y por todos los profesionales de la salud.

Recibido: 18/07/2012
Aprobado: 15/08/2012

59 VILLEY, Raymond. Citado en HOERNI, Bernard & Michel BÉNÉZECH. Ob. cit., p. 524.

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 201-223
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio

Health conscientious objection in Spain: nature and exercise

CARMEN DELIA MEDINA CASTELLANO*

Resumen: La objeción de conciencia se concibe como el incumplimiento de un deber jurídico, pacífica y moralmente motivado, que procura salvaguardar la propia integridad moral frente a un imperativo heterónomo que se juzga injusto. En general, existe acuerdo social en torno a unos principios de justicia que generan normas compartidas por el grupo. Sin embargo, pueden existir discrepancias entre algunos de los miembros del mismo, que los lleven a optar por la desobediencia a la norma. En este trabajo se pretende reflexionar acerca de la legitimidad social y jurídica de la obligación moral de un individuo de desobedecer o incumplir una norma jurídica incompatible con sus opciones personales, con el objetivo de afirmar dicha facultad y fundamentarla en la existencia de un derecho a la objeción de conciencia. También se quiere poner de manifiesto las dificultades que encuentra en España el ejercicio de la objeción de conciencia en el contexto sanitario.

Palabras clave: objeción de conciencia – obediencia al derecho – derecho humano – derecho fundamental – profesionales sanitarios – objeción de conciencia al aborto

Abstract: Conscientious objection is conceived as the infringement of a legal duty, peacefully and morally motivated, which aims to safeguard the own moral integrity against a heteronomous imperative judged as unfair. Generally, there is social agreement concerning some justice principles that generate group-shared laws. However, there can be disagreement among some of the members of the group, which can lead them to decide to break the law. The aim of this paper is to reflect on the social and juridical legitimacy of an individual's moral obligation to disobey a rule that is incompatible with his or her personal options, in order to assert that faculty and base it on the existence of a conscientious objection right. Also, it seeks to point out the existing difficulties in Spain to exercise the conscientious objection within the healthcare sector.

Keywords: conscientious objection – obedience to the law – human right – fundamental right – conscientious objection to the abortion

* Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Democracia, Las Palmas de Gran Canaria, España. Doctora en Derecho y máster en Bioética. Correo electrónico: cmedina@denf.ulpgc.es

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.– II.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.– II.2. EL DEBER DE OBEDIENCIA.– III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA.– IV. OBLIGACIONES JURÍDICAS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETADAS.– V. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.– V.1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.– VI. CONSIDERACIONES FINALES.

Vivir es existir absolutamente
JOSÉ ORTEGA Y GASSET[1]

I. INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia se concibe como el incumplimiento de un deber jurídico, pacífica y moralmente motivado, que procura salvaguardar la propia integridad moral frente a un imperativo heterónomo que se juzga injusto[2]. En otras palabras, se trata de la negativa a obedecer una norma jurídica debido a la existencia de otro imperativo en la conciencia contrario al comportamiento pretendido por la norma, pero que en modo alguno supone un empeño de que los demás se adhieran a las creencias o imiten la conducta del objetor.

Es evidente que por alto que sea el acuerdo social en torno a unos principios de justicia, pueden existir discrepancias entre los miembros de un grupo social en materia de concreción de dichos principios, de modo que la objeción de conciencia no requiere invocar la violación de tales principios, precisamente porque se sitúa al margen —pero no en contra— de ese consenso. Quizá son estas dos últimas cuestiones (la inexistencia por parte del desobediente de una voluntad dirigida a conseguir que otros asuman las convicciones en las que fundamenta su negativa y la posible conformidad con un sistema jurídico-político que puede considerar, en general, justo) las que nos acercan al deslinde de la objeción de conciencia de otras formas de desobediencia civil. La primera consiste en no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa[3], pero no invoca necesariamente principios políticos, aunque puede hacerlo, encontrando su principal justificación en las reglas morales por las que el individuo ha decidido guiar su vida, reglas que no necesariamente han de tener un origen religioso.

En este trabajo se pretende reflexionar acerca de la legitimidad social y jurídica de la obligación moral de un individuo de desobedecer o incumplir una norma jurídica incompatible con sus opciones personales, con el objetivo de afirmar dicha facultad y fundamentarla en la existencia

1 ORTEGA Y GASSET, José. *¿Qué es conocimiento?* Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 15.
2 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 217.
3 RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México D.F.: FCE, 2006, p. 177.

de un derecho a la objeción de conciencia. También se quiere poner de manifiesto las dificultades que encuentra en España el ejercicio de la objeción de conciencia en el contexto sanitario.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

II.1. Delimitación conceptual

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 proclama en el primer párrafo de su artículo 18 lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión». En idéntico sentido se pronuncia el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 en su artículo 9.1. También el artículo 18.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966. Otros muchos instrumentos y tratados internacionales recogen estos derechos de libertad de pensamiento, conciencia y religión, pero me gustaría destacar particularmente, por el interés que tiene para el tema objeto de este trabajo, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, parte del *Tratado de Lisboa*, cuya ratificación fue aprobada en España por Ley orgánica 1/2008 de 30 de julio[4].

El interés de la *Carta* estriba en que incorpora de modo explícito el derecho a la objeción de conciencia. Así, su artículo 10 establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

De esta forma, el ordenamiento jurídico comunitario consolida la vinculación entre la objeción de conciencia y las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Estas libertades deben ser delimitadas conceptualmente (aun coincidiendo con Salcedo Hernández[5] en la dificultad de establecer límites «intraspasables» entre ellas), ya que todas tienen como fundamento común la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, que pasa por la configuración de un carácter moral sostenido en valores de esa naturaleza en la que se apoyan las elecciones vitales.

4 *Boletín Oficial del Estado* (en adelante, citado como BOE) 184 de 31 de julio de 2008, con corrección de errores en BOE 98 de 22 de abril de 2009.

5 Salcedo Hernández, José Ramón. «Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia». *Anales de Derecho,* 15 (1997), p. 95.

Son derechos que forman parte de los llamados derechos personales o derechos de autonomía, para diferenciarlos de los derechos personales de crédito o derechos prestacionales. Se trata, como señala Martínez Morán[6], de un conjunto de derechos que se dirigen a garantizar la conservación de la vida de los sujetos en todas sus dimensiones, pudiendo distinguirse entre aquellos que persiguen primordialmente la integridad física de la persona, y aquellos otros que lo que pretenden es garantizar su integridad moral.

En este sentido, afirma el mismo autor que:

> […] el hombre desde siempre, más o menos conscientemente, ha luchado por su dignidad, tratando de defender no solo su vida biológica sino su significación social como individuo. Su nombre, su honor y su conciencia han sido valorados y defendidos en todas las sociedades como elementos identificados con la vida misma o por lo menos complementarios de ella. El patrimonio moral de estos derechos ha sido defendido, […] porque todos los aspectos que protegen estos derechos son elementos constitutivos de la personalidad misma, es decir, de la vida integral del individuo […][7].

Son estos derechos de integridad los que permiten a la persona manifestarse en su radical y completa identidad y los que le proyectan a la plena realización.

Siguiendo a Salcedo Hernández, las libertades de pensamiento, religiosa y de conciencia se definen así:

a. La libertad de pensamiento […] permite a la persona dar una respuesta autónoma a los interrogantes de su vida personal y social; dicho de otro modo, es la concepción que tiene el individuo sobre las cosas, el hombre y la sociedad y de acuerdo con la cual actúa… Es la libertad de pensar y obrar en consecuencia […].

b. La libertad religiosa [...]se manifiesta en una respuesta personal a la cuestión de la trascendencia del individuo. Implica una toma de postura ante el acto de fe. [En otras palabras], la libertad religiosa tiene por objeto la fe como acto y la fe como contenido de dicho acto, así como la práctica de la religión con toda la variedad de sus manifestaciones, sean de carácter individual o colectivo […].

c. [Por último, la libertad de conciencia] permite al individuo emitir un dictamen o juicio de la razón práctica acerca de la moralidad de una acción". [Obviamente, si consideramos que la libertad

6 Martínez Morán, Narciso. «Los derechos de libertad». En De Castro Cid, Benito (coord.). *Problemas básicos de filosofía del derecho: desarrollo sistemático*. Madrid: Universitas, 1999, pp. 250 y ss.

7 Ibídem, p. 252.

> de conciencia empieza y termina en el propio individuo, no tendría mayor razón de ser. Su sentido se hace real cuando el juicio formado se vincula con la adopción y ejecución de decisiones en razón de los dictados de la propia conciencia][8].

Llamazares Fernández unifica algunos aspectos de estas tres libertades bajo el concepto de libertad ideológica, definiéndola como el derecho a «disponer de un espacio de privacidad sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho; a la libre formación de la conciencia; a mantener unas u otras convicciones o creencias, así como a expresarlas o silenciarlas; a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas»[9].

La definición resulta de interés porque, de alguna manera, sitúa en un mismo plano de realidad las tres libertades, dejando fuera del concepto aquellos aspectos que están más relacionados con la llamada libertad de culto. Interesa esta idea porque da estructura y soporte a otra que se quiere afirmar, que consiste en la necesidad de desvincular el ejercicio de la objeción de conciencia del hecho religioso, aún cuando en su origen la libertad de conciencia fuera, eminentemente, libertad de religiosa[10].

La posición que sostengo es que la objeción de conciencia es el resultado de una disconformidad con alguna prescripción concreta del ordenamiento jurídico por razón de las normas morales autoasumidas y que se derivan de la cosmovisión que cada persona tiene, tenga o no fundamento en una determinada creencia religiosa. Hay moralidad también en lo secular, hay desde lo secular un determinado modo de contemplar la propia existencia y el mundo que nos rodea y, en muchas ocasiones se trata de una moralidad compartida, al igual que la que procede de la creencia religiosa de cualquier signo, ya que es el resultante de la propia historicidad y temporalidad de la persona humana. El hombre y la mujer son seres históricos y contextuados, son hijos de su tiempo y de la sociedad en la que viven, con la que comparten no solo un acervo cultural general, sino también moral.

Desde aquí, me parece necesario afirmar la indudable laicidad del derecho a objetar, a pesar de que desde algunos sectores políticos se ha

8 Salcedo Hernández, José Ramon. Ob. cit., pp. 96 y ss.

9 Llamazares Fernández, Dionisio & María Cruz Llamazares Calzadilla. *Derecho a la libertad de conciencia. Tomo II: Conciencia, identidad personal y solidaridad.* Cuarta edición. Madrid: Cívitas, 2011, pp. 21-22.

10 El *Edicto de Nantes* de 13 de abril de 1598 resulta paradigmático en este sentido. Al respecto, ver Ruíz del Castillo, Carlos. *Derecho político.* Madrid: Reus, 1939, p. 324; y Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. «Estado laico y libertad religiosa». *Revista de Estudios Políticos,* 6 (1978), pp. 57-80. Señala este autor que «la doctrina luterana del libre examen, con independencia de su valoración general para el católico, lleva en sí una potente carga de respeto y de libertad religiosa que terminará por aflorar con el tiempo. El protestantismo se encontrará en mejores condiciones para conectar con el iusnaturalismo racionalista y aceptar la formulación política de la libertad religiosa como derecho natural de la persona anterior y superior al Estado» (ibídem, p. 60).

tratado de negar la existencia de este derecho, vinculándolo para ello al hecho religioso. No hay neutralidad en el individuo; cada uno decide de acuerdo a sus convicciones, que presumimos racionales. Cuestión diferente es que unas personas encuentren su fundamento último en alguna corriente filosófica y otras lo hagan en la fe. La consecuencia para ambas será que deducirán una serie de pautas o normas de comportamiento, que asumirán de modo voluntario y por las que querrán conducir su vida.

Como señala Nogueira Alcalá[11], la libertad de conciencia protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a concepciones valorativas o creencias, sean estas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, como asimismo la posibilidad de rechazar aquellas que considera erróneas; proceso que corresponde al fuero interno de la persona que tiene un carácter inviolable, el cual plantea una exigencia de comportarse exteriormente de acuerdo con tales concepciones. Continúa este autor preguntándose por la legitimidad de un Estado que no permitiese a la persona ser ella misma, que no asegurara el contenido básico y esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, reconociendo el derecho, hay que identificar también sus limites; hay deberes jurídicos que operan necesariamente recortando el alcance de esta facultad de la que hablamos, pero que en ningún caso pueden ser de tal magnitud que desvirtúen o supriman la posibilidad de ejercicio de la libertad de conciencia, y con ella, de la objeción por razón de conciencia.

II.2. El deber de obediencia

La aceptación de la existencia de un hipotético derecho a la objeción de conciencia requiere la superación del positivismo jurídico riguroso que identifica legalidad y justicia. Es cierto que el ordenamiento jurídico de un Estado democrático liberal debe aspirar a la justicia, pero es obvio que ni el más perfecto de los sistemas es capaz de «realizar» o materializar toda la justicia por medio de la ley. De hecho, aún cuando encarna valores, no es misión de la norma declarar lo que es bueno o malo, sino lo que está permitido o prohibido, aún cuando en las últimas décadas se haya ido instalando en el imaginario colectivo una identificación entre lo legalmente permitido con lo éticamente aceptable.

El primer problema al que nos enfrentamos cuando se aborda la cuestión de la objeción de conciencia es el de la existencia de cierto conflicto de deberes, ya que la necesidad de justificar la objeción surge,

11 Nogueira Alcalá, Humberto. «La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno». *Ius et Praxis*, 12, 2 (2006), pp. 13-41, p. 16.

precisamente, de la aceptación implícita de un deber de obediencia. La cuestión en disputa es, primariamente, si este deber de obediencia a la norma jurídica se prolonga más allá de la propia conciencia, de modo que sea preciso cumplir con un precepto con el que uno está en manifiesto desacuerdo ético[12]. Como señala Gascón Abellán[13], decir que existe un deber ético de obedecer los imperativos éticos resulta tautológico; en cambio, predicar este mismo deber respecto del Derecho requiere aportar alguna razón para que nos sintamos obligados a cumplir las normas «antes» —aunque no con independencia— de comprobar si coinciden con nuestros imperativos éticos. Es decir, se trata de aportar razones generales que afirmen un deber, también general, de obedecer la norma jurídica.

Existen diversas teorías que justifican la obediencia al derecho. Así, por ejemplo, las doctrinas teleológicas recomiendan la obediencia porque el orden político satisface algún valor ético o es un medio para conseguir fines moralmente buenos, capaces por tanto de generar una obligación o deber de acatamiento. Desde esta perspectiva cabría plantearse si en el marco de estas doctrinas, siempre que se produzca una alejamiento de los fines moralmente buenos que persigue el derecho, sería posible la desobediencia a la norma *ilegítima*.

Por su parte, las llamadas doctrinas contractualistas tienden a fundamentar la obligación política en el consentimiento de los individuos: de algún modo quieren privar al Derecho de su heteronomía para presentarlo como el fruto de una voluntad autolegisladora de sus destinatarios, en el entendimiento de que, en última instancia, solo una decisión que proceda de la conciencia individual puede ser fuente de un imperativo ético, en este caso de obediencia al derecho[14]. El problema de las doctrinas contractualistas es que su concreción en sociedades multiculturales como las actuales sería sumamente difícil. No sin esfuerzo se consiguen acuerdos en grupos humanos más o menos heterogéneos; mucho más difícil resulta hacerlo en aquellos cuyos individuos asumen sistemas axiológicos muchas veces enfrentados.

Tratando de superar las dificultades que plantean las teorías anteriores, particularmente las tesis contractualistas, la ética comunicativa de Habermas propugna una situación ideal de diálogo que permita a los participantes la consecución de un interés común a todos, a través de una argumentación acorde con las exigencias éticas, de modo que la ética discursiva puede retrotraerse a un principio que reza así: «Solo pueden pretender validez las normas que consiguen (o podrían conseguir)

12 Ver Díaz García, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984, pp. 80 y ss.
13 Ver Gascón Abellán, Marina. Ob. cit., p. 121.
14 Martín Sánchez, Isidoro & Ricardo García García. «La objeción de conciencia al aborto». En Abellán García-Sánchez, Fernando & otros. *Libertad de conciencia y salud. Guía de casos prácticos*. Granada: Comares, 2008, p. 50.

la aprobación de todos los afectados, como participantes de un discurso práctico»[15].

Este dialogo persigue superar la separación existente entre ética y derecho, de modo que cada individuo de la comunidad de dialogantes sería su propio legislador. Sin embargo, como señalan Martín Sánchez y García García[16], a pesar de su sugestiva formulación, la ética comunicativa de Habermas es susceptible de algunas críticas, especialmente de orden práctico, ya que no parece factible la materialización de una situación ideal de diálogo que permita la formación discursiva de una voluntad general. Además, incluso aunque el consenso universal fuera posible, siempre quedaría una puerta abierta a una posible disidencia por imperativos éticos de la conciencia individual[17].

Llegados aquí, podemos afirmar que la obligación ética de obediencia al derecho no puede ser absoluta y, por ello, un dictamen de conciencia contrario al deber jurídico, que además no pretende que los demás desoigan la decisión de la mayoría, sino tan solo preservar el ámbito de la propia individualidad, no manifiesta una contradicción entre el deber moral de obedecer los dictámenes de la conciencia en los términos expuestos y un supuesto deber moral de obedecer al derecho, precisamente porque este último resulta limitado y no comprende los supuestos de objeción de conciencia[18].

Como señala Nogueira Alcalá[19] la democracia implica el gobierno de la mayoría en el respeto a los derechos de las minorías; en este sentido, los Estados democráticos deben brindar alternativas a los ciudadanos que por razón de conciencia encuentran intolerable la obediencia a un mandato legal concreto, siempre que no genere una consecuencia inaceptable para el bien común, recordando que la apelación a la objeción se produce siempre como extremo último, porque el objetor no pretende mostrar disconformidad con el ordenamiento jurídico en general, ni tampoco, que otros se adhieran a su disconformidad. La objeción es la respuesta a un auténtico conflicto moral. Siempre nace de una conciencia individual cuyo único medio de mantener la integridad personal es la desobediencia a la norma concreta.

III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA

Desde una perspectiva jurídica es posible intentar una justificación de la objeción de conciencia en aquellos ordenamientos que garantizan los derechos fundamentales. Dicha tarea tendría por objeto demostrar que,

15 Cortina Orts, Adela. *Ética sin moral.* Segunda edición. Madrid: Tecnos, 1992, p. 246.
16 Martín Sánchez, Isidoro & Ricardo García García. Ob. cit., p. 53.
17 Gascón Abellán, Marina. Ob. cit., p. 172.
18 Ibídem, p. 202.
19 Nogueira Alcalá, Humberto. Ob. cit., p. 18.

al margen de otros reconocimientos explícitos, la libertad ideológica y religiosa consagrada, por ejemplo, en el artículo 16.1 de la *Constitución Española*, ofrece cobertura suficiente para acuñar un derecho general —no ilimitado— a desobedecer los mandatos legales por motivos de conciencia y, por tanto, para exonerar de pena a los infractores. De ahí la importancia de deslindar adecuadamente la objeción de conciencia de las otras formas de desobediencia civil, ya que, como se mencionó, no se trata de oponerse al *statu quo* mediante la desobediencia, sino de no realizar determinada práctica por considerarla altamente vulneradora de la propia moralidad, sin que eso signifique un desacuerdo más amplio con el orden establecido[20].

Peces-Barba Martínez[21] señala que la objeción de conciencia es una desobediencia de naturaleza civil y sectorial que necesita de una juridificación, esto es, una regulación jurídica (convirtiéndose por tanto en una inmunidad o en un derecho subjetivo) y que supone una excepción a la obligación jurídica. Por su parte, Navarro-Valls[22] define la objeción de conciencia como un conflicto impropio de normas: de una parte, la norma jurídica que impone un deber, fundamentalmente un *facere*; de otra, la norma moral, que se opone al cumplimiento del mismo. Se rehúsa obedecer un mandato de la autoridad legítima que se entiende radicalmente injusto o delictuoso por entrar en colisión con una norma moral.

Mientras que la desobediencia civil es un «acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno», la objeción de conciencia carece de intencionalidad política, no busca un cambio en las leyes o programas de gobierno, sino que persigue una excepción a un imperativo jurídico concreto y actual, porque este choca con las propias convicciones morales[23]. En palabras de Raz[24], la objeción de conciencia es un acto privado hecho para proteger al agente de interferencia de parte de la autoridad pública, mientras que la desobediencia civil es un acto político, un intento, por parte del agente, para cambiar políticas.

Coincido con Gascón Abellán[25] en que hoy el sistema jurídico interioriza valores, incluye una dosis de moralidad, para que junto a la fuerza reencuentre el consenso, la aceptación individual de la norma. Cuando

20 Gascón Abellán, Marina. Ob. cit., p. 91.

21 Peces-Barba Martínez, Gregorio. «Desobediencia civil y objeción de conciencia». *Anuario de Derechos Humanos*, 5 (1988-1989), p. 168.

22 Navarro-Valls, Ramón. «La objeción de conciencia al aborto: derecho comparado y derecho español». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II (1986), p. 261.

23 Sieira Mucientes, Sara. *La objeción de conciencia sanitaria*. Madrid: Comillas/Dikinson, 2000, pp. 26 y 27.

24 Raz, Joseph. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México D.F.: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 339.

25 Gascón Abellán, Marina. Ob. cit., p. 93.

el sistema jurídico descansa en una constitución que, como la española, recoge como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (artículo 1.1), el deber de obediencia al derecho no puede responder al mero temor de la sanción, sino que ha de basarse también en consideraciones morales que forman parte del propio ordenamiento jurídico y que, por tanto, constituyen un criterio de validez de las normas.

Todo acto de insumisión a la norma es resultado de una conducta humana consciente y voluntaria que puede ser evaluada desde un punto de vista ético, con independencia de las consecuencias jurídicas que de la misma se deriven. Por ello, afirmada la obligación de obediencia al derecho, es necesario preguntarse hasta qué punto lo jurídico debe dejar una puerta abierta a un hipotético incumplimiento y, siendo así, qué requisitos ha de reunir este para ser valorado positivamente, ya que, en ningún caso, el reconocimiento del derecho a objetar puede abrir la puerta a la anarquía.

Sin embargo, la justificación de la objeción de conciencia no requiere una confrontación con el sistema político-jurídico, ya que el objetor puede, como se ha mencionado, tener plena conformidad con este sistema en general, pero aún así, sufrir un conflicto entre su conciencia y una norma concreta, de modo que la fuerza del ordenamiento jurídico no llega a convencerle de que su deber moral es comportarse como prescribe la norma, cuando estima que su conciencia le exige comportarse justamente de modo contrario.

Como señala Gascón Abellán, no se propugna el imperio de la arbitrariedad individual, sino que:

> [...] «se espera un comportamiento razonable por parte de las autoridades y de los ciudadanos, pero, al final, todos han de tomar su propia decisión y no podemos eludir nuestra responsabilidad […] no se trata de que cada uno haga lo que le plazca, pero en una sociedad democrática se reconoce que cada ciudadano es responsable de su interpretación acerca de los principios de la justicia, y de la conducta que lleva a cabo a la luz de estos principios»[26].

En los supuestos en que la ley exige de una persona un comportamiento que su conciencia le prohíbe en virtud de las propias creencias, y esta reclama su derecho a objetar, lo que se pide es el respeto a la conciencia individual, descansando la justificación de su conducta en la libertad de conciencia, de modo que el objetor no debe justificar lo acertado o no de los principios, ideas o creencias en los que basa su objeción, ya que estos solo le competen a él. De hecho, el propio artículo 1.1 de la

26 Ibídem, p. 210.

Constitución Española apoya esta idea, ya que la libertad —entendida aquí como autonomía— y el pluralismo son valores que proporcionan un fundamento suficiente para que consideremos que el derecho no puede exigir de una persona que haga lo que cree que es moralmente malo. Es así que la objeción de conciencia supone para la sociedad moderna el reconocimiento de que la ley no agota el ideal de la justicia, un indicador privilegiado de la transformación del Estado de Derecho, que progresivamente pasa a ser el Estado de los derechos[27].

Ahora bien, lo anterior no significa en modo alguno una ausencia total de justificación de la conducta objetora con sede en la libertad de conciencia; al contrario, el objetor debe justificar su conducta en virtud de la bondad o maldad que de ella se deriva para otros. En otras palabras, el sujeto no necesita argumentar lo acertado de las ideas en las que basa su desobediencia; solo debe justificar su conducta, ya que tiene un impacto sobre los otros, que pueden no tener que soportarlo.

IV. OBLIGACIONES JURÍDICAS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETADAS

Raz[28] distingue tres categorías de obligaciones jurídicas susceptibles de ser objetadas. En primer lugar, estarían aquellos deberes impuestos en beneficio o interés del propio sujeto obligado y que atienden a consideraciones de tipo perfeccionista o paternalista, como la prescripción de usar casco para conducir motos y la objeción alegada por los sijes que, por razones religiosas, insisten en usar turbante, incompatible con el uso del casco. En estos supuestos, se aboga por una justificación general de la objeción de conciencia, ya que a juicio de este autor no existen motivos sólidos para imponer la conducta ordenada o para castigar la infracción, pues ningún valor sustantivo es puesto en riesgo como consecuencia del incumplimiento, ya que las normas jurídicas que establecen esos deberes violan el principio de autonomía de la persona y restringen la libre elección de pautas morales para conformar la vida del sujeto, sin que esa restricción pueda justificarse sobre la base de que protege la autonomía de otros.

Algunas objeciones pueden ser hechas a esta argumentación. Si bien es cierto que el tipo de deberes jurídicos al que alude tienen un alto componente paternalista, también lo es que algunas de estas obligaciones jurídicas no afectan exclusivamente al sujeto, si consideramos la dimensión comunitaria de la persona. Pensando en el ejemplo citado, la falta de utilización del casco puede conllevar la muerte de la persona o la aparición de lesiones de importancia, que no solo le afectan a él, sino a la estructura

27 Sieira Mucientes, Sara. Ob. cit., p. 25.
28 Raz, Joseph. Ob. cit., pp. 340 y ss.

familiar y a la sociedad en su conjunto que puede sufrir una pérdida. Además, desde un enfoque utilitarista habría que considerar el coste económico de la asistencia médica y de las posibles secuelas. La segunda, es el valor educativo que tiene la norma en cuanto diseña realidades que, con carácter general, mejoran la vida de las personas. No usar el casco representa un modelo negativo para otros usuarios de este tipo de vehículos. Sin embargo, coincidimos con Raz en que la objeción a deberes de esta naturaleza debe ser fácilmente justificable.

Una segunda familia de obligaciones objetables está formada por todas aquellas que protegen intereses de personas identificables y que, por tanto, suelen representar la contrapartida de los derechos subjetivos de tales personas. En opinión de Raz, hay muy pocas probabilidades de justificar este género de objeciones de conciencia que pueden implicar la lesión de la vida, de la libertad o del honor de otras personas y la razón es simple. Ciertamente no parece que el principio de autonomía personal pueda ser alegado cuando la conducta ataca la inviolabilidad o la autonomía de otras personas. Es decir, según nuestro autor, cuando un deber jurídico ha sido establecido para proteger bienes tan valiosos como la vida o la libertad de las personas no parece que la objeción de conciencia puede estar justificada, pues ello supondría dar primacía a la autonomía del objetor sobre la inviolabilidad de los demás individuos.

Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, pues, como señala Gascón Abellán[29], no basta la mera constatación de que tras la obligación jurídica existe el interés de un tercero; conviene también valorar la importancia del interés protegido y el grado de peligro a que se ve sometido como consecuencia de la infracción jurídica. En otras palabras: siempre que la obligación jurídica vincule a personas determinadas, debe prevalecer la posición del objetor; en primer lugar, cuando su contribución puede ser mínima y fácilmente sustituible; y, en segundo, cuando tal vez el interés protegido por el deber no encierre ningún valor fundamental o resulte de una importancia menor que la libertad de conciencia del objetor.

En este sentido, una de las consideraciones a tener en cuenta para fundamentar un derecho a objetar por razones de conciencia es el grado de daño al que se ven expuestas las terceras personas, grado de daño que llega a desaparecer o a hacerse mínimo cuando existe la posibilidad de que otros sustituyan al objetor en el cumplimiento del deber. Es este claramente el supuesto que se da en el seno de un equipo asistencial en el que el miembro objetor puede ser sustituido por otro de igual competencia profesional. En este caso, su objeción no causa ningún daño a terceros porque el conjunto de sujetos obligados garantiza el

29 Gascón Abellán, Marina. Ob. cit., p. 228.

cumplimiento de la obligación y, por tanto, no parecen existir motivos para limitar el principio de autonomía personal.

Otro tercer grupo de obligaciones objetables se da cuando la persona en cuyo beneficio o interés se ha establecido la obligación acepta voluntariamente su incumplimiento o incluso reclama ese incumplimiento. La eutanasia voluntaria podría ser un ejemplo de lo que planteamos; en ella, el individuo renuncia a la protección de su vida, reclamando, por el contrario, que alguien acabe con ella, o en otro sentido se rechaza el deber de los otros de no atentar contra la propia vida. Según Raz, el consentimiento de la víctima transforma estas obligaciones en paternalistas, análogas a las estudiadas en el grupo primero, y por tanto considera justificada la objeción de conciencia. En suma, parece que el sujeto obligado se presenta en estos casos como la simple mano ejecutora de la conciencia de otra persona, conciencia que resulta ser contraria al deber jurídico establecido en su propio interés o beneficio[30] —hablaríamos aquí de objeción impropia, ya que no se incumple el deber por vulneración de la propia conciencia, sino por acuerdo con otro—.

En cualquier caso, a la hora de valorar una modalidad de objeción de conciencia es preciso tener en cuenta, primero, si los intereses ajenos que con ella se ven frustrados son lo suficientemente relevantes como para autorizar un sacrificio de la libertad de conciencia; y, segundo, si el incumplimiento del deber jurídico causa un daño fundamental e irreversible o contribuye en una muy pequeña medida a la satisfacción del interés tutelado. Esta cuestión adquiere relevancia a la luz de la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[31], especialmente en lo que al supuesto de despenalización del aborto electivo se refiere, como, más adelante comentaré.

En resumen, el principio de autonomía moral suministra una razón fuerte para considerar justificadas, *prima facie,* las conductas de objeción de conciencia, sin necesidad de valorar el carácter de los principios morales o de justicia en que dicha actitud se base, es decir, para considerar justificada la objeción de conciencia aún cuando se estime sumamente equivocada. Tan solo cabe formular restricciones (que en su caso pueden anular dicha justificación *prima facie)* en virtud de principios morales equivalentes correspondientes a otras personas, y teniendo en cuenta para ello tres criterios orientadores:

- Primero, que el interés ajeno sea en verdad relevante desde un punto de vista moral, esto es, que comprometa la autonomía, la

30 Ibídem, pp. 229-230.
31 BOE 55 de 4 de marzo de 2010.

inviolabilidad o la dignidad de otra persona, y que no se cuente con el consentimiento de esta.

- Segundo, que la conducta del objetor cause un daño importante al interés protegido, lo que permite excluir aquellas obligaciones en que la contribución del objetor es mínima o cuyo cumplimiento está encomendado a varios individuos indistintamente.

- Y, tercero, que la conducta previa del objetor no lo sitúe en una posición de especial compromiso libremente asumido en orden al cumplimiento del deber.

V. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El uso de la expresión *derecho fundamental* se generalizó a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, cuando los estudiosos del Derecho Público de Alemania e Italia comenzaron a utilizarla, razón por la cual parece inevitable considerarla una etiqueta vinculada a la función de designar los derechos reconocidos a los ciudadanos en las constituciones y leyes fundamentales. Sin embargo, este uso se ha ido desdibujando paulatinamente, de modo que ha pasado a designar aquellos derechos que, por su importancia y radicalidad son básicos, es decir, fundamentales, en la vida de todo hombre y toda mujer. De este modo, la expresión derechos fundamentales puede indicar, además de un derecho fundamental en sentido propio, otro más evolucionado e impropio que hace referencia a los derechos básicos que tienen todas las personas por exigencias de la propia dignidad personal que les es naturalmente inherente[32]

Aun cuando coincidimos con la mayor parte de la doctrina que considera impropio este uso para designar lo que en realidad deben ser llamados *derechos humanos,* nos permitimos en este trabajo la licencia de usar esta expresión con su significado impropio, e iniciar a partir de ella la valoración de la objeción de conciencia como un derecho fundamental.

Como derecho humano entendemos el conjunto de facultades o poderes que le corresponden a cada uno de los miembros de la especie humana en razón de su propia humanidad, no designando, por tanto, a los derechos que cada uno tiene en virtud de la peculiar relación establecida en un determinado ordenamiento jurídico estatal o supraestatal, sino aquellos otros que todos los individuos tienen, con independencia de que les hayan sido reconocidos o no por los respectivos ordenamientos jurídicos históricos[33].

32 De Castro Cid, Benito. «El significado de los diferentes nombres». En De Castro Cid, Benito (coord.). *Introducción al estudio de los derechos humanos.* Madrid: Universitas, 2003, p. 99.
33 Ibídem, p. 102.

Es decir, cuando se está hablando de derechos fundamentales como derechos humanos, se está resaltando que se hace referencia a unos derechos cuyo reconocimiento y protección no puede depender de la arbitraria decisión del gobernante de turno. Desde esta perspectiva, afirmamos que la objeción de conciencia es un derecho fundamental.

La conciencia puede definirse como el dictamen de lo que moralmente puede hacerse u omitirse en una situación concreta. No coinciden los dictados de la conciencia con las leyes morales, pues se trata de juicios personales sobre la moralidad de la acción singular y concreta, que va a realizarse, se está realizando o se ha realizado[34]. En términos filosóficos, la conciencia es la facultad de decidir y hacerse *sujeto*, es decir, actor de los propios actos, y responsable de las consecuencias que de ellos se siguen, según la percepción del bien y del mal.

Es a esta, a su propia conciencia, a la que se enfrenta el profesional sanitario en el momento de tomar una decisión problemática, que se convierte en tal precisamente por las implicaciones que tiene para su conciencia, ya que si no estuviera permitida por la ley, se trataría de una conducta ilegal, y si lo que se viera afectada fuera la norma moral, calificaríamos la acción como inmoral. El profesional se enfrenta a su conciencia porque, aunque las normas jurídicas y morales vigentes en el grupo social al que pertenece le permiten desplegar la conducta que cuestiona, su conciencia moral, fundada en sus creencias, convicciones y en los valores que de estas se desprenden, le señalan esa conducta, cuando menos, como cuestionable.

Si, finalmente, sigue los dictados de su conciencia, esta le puede llevar a la desobediencia civil —si no existe una adecuada regulación del ejercicio de la objeción de conciencia— y a la autoexclusión de la moralidad predominante. A pesar de ello, desde la consideración de su derecho humano a objetar, su conducta, adecuadamente fundamentada y con salvaguarda de intereses o valores superiores de terceros, es legítima desde el punto de vista ético, aun cuando no sea legal.

Ahora bien, cabría plantearse si es posible afirmar la existencia de un derecho fundamental, ahora sí en sentido propio, a la objeción de conciencia. Como señala Peces-Barba Martínez[35], cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el derecho positivo. La justificación de la pretensión moral en que consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano.

34 Ver Sieira Mucientes, Sara. Ob. cit., p. 33.

35 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales.* Madrid: Dykinson, 2004, p. 29.

La recepción en el derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad.

Como antes se señaló, el primer aspecto del carácter fundamental de un derecho está presente en la objeción de conciencia, pero, ¿qué sucede con su recepción en el derecho positivo español? Como sabemos, la única mención constitucional a la objeción de conciencia se encuentra en el artículo 30.2 de nuestra *Carta Magna*, fuera, por tanto de la Sección 1ª del Capítulo II relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Además, esta mención lo es solo de la objeción de conciencia a la realización del servicio militar obligatorio.

V.1. Análisis jurisprudencial

Podría concluir aquí mi pregunta, afirmando que no existe un derecho fundamental, y ni siquiera constitucional a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, pero, como también es conocido, el intérprete constitucional aceptó la existencia de este derecho en las sentencias sobre la materia anteriores al año 1987. En este sentido resultó paradigmática la sentencia 53/85 en la que el Tribunal Constitucional declara que «la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales». De esta manera, el Alto Tribunal parece afirmar la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, dando además respaldo a una modalidad de objeción (objeción al aborto) que no aparece expresamente recogida en el texto constitucional.

Sin embargo, las sentencias 160 y 161 de 1987 niegan la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia. La pregunta es qué decisión adoptará el Tribunal Constitucional ante futuros recursos de amparo en los que el infractor de un deber jurídico alegue una modalidad diferente a la del servicio militar, tal y como ocurre con la objeción de conciencia sanitaria.

Dar una respuesta concreta a esta cuestión no es tarea fácil, y dada la tendencia seguida por tribunales inferiores, no es posible aventurar si tal vez estas sentencias de 1987 constituyan la excepción a la regla del reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia general como parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, o, por el contrario, constituyan un punto de inflexión jurisprudencial que no permita el reconocimiento general de dicho derecho. Sirvan de muestra las dos sentencias que seguidamente se citan:

- La primera, sentencia de la sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de enero de 1998, recaída

sobre el recurso al RD 2409/1986, de 21 de noviembre sobre acreditación de centros sanitarios y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en el que la Sala declara que, «en todo caso, tal exención [de cumplimiento del deber jurídico] constituiría, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985 (F. 14) y esta misma Sala (STS 16 enero 1998), una indudable facultad de enfermeros y médicos que formaría parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 CE, directamente aplicable, por tanto, y cuya existencia y ejercicio no está condicionado por la regulación en el Real Decreto».

- En segundo lugar, la sentencia 1877/2009 del mismo tribunal en la que se niega la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, si bien se ratifica la existencia de un derecho a la objeción de conciencia en materia de interrupción del embarazo, con sede en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/85. Así, declara la citada sentencia que además de recordar que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado.

  Para sostener que, más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, de esta surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador, suele invocarse —como se ha hecho en el caso ahora examinado— el artículo 16 de la Constitución. La idea básica de quienes sostienen esta postura es que la libertad religiosa e ideológica garantiza no solo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Pero esta es una idea muy problemática, al menos por dos órdenes de razones [….]. En contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Este es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. […] el reconocimiento de un derecho

a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, es preciso verificar si podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional.

Comenzando por los precedentes jurisprudenciales, la verdad es que distan de ser nítidos y lineales. Es indiscutible que la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, relativa a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo. Pero a partir de aquí sería muy difícil extraer un principio general por constituir claramente un supuesto límite.

Más clara, como precedente en materia de objeción de conciencia, es la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció. Ciertamente, el Tribunal Constitucional consideró que dicha condena penal supuso una violación de la libertad religiosa de los padres; lo que, al menos implícitamente, implica admitir que la libertad religiosa puede tener algún reflejo en el modo de comportarse. Pero tampoco sería fácil extraer de aquí un principio general, por varios motivos: se trata de una sentencia atinente a cuestiones específicamente religiosas, no morales en general; se trata de una sentencia aislada; y se trata, sobre todo, de una sentencia muy ligada a las innegables exigencias de justicia material del caso concreto.

Termina diciendo la referida sentencia que la jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, añadiendo que por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la *Constitución* para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el ya referido al inicio artículo 10.2 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que dispone lo siguiente: «Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y es probable que, tras la mención específica a la *Carta* en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del *Tratado de Lisboa*, aquella debe ya ser utilizada como canon interpretativo. Ahora bien, el artículo 10.2 de la *Carta*, además, requiere expresamente una *interpositio legislatoris* para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.

Siendo así, parece razonable concluir que, en el contexto sanitario, solo sería posible alegar razones de conciencia en los supuestos de aborto, porque la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, establece lo siguiente en su artículo 19.2:

> Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

Algunos rasgos definitorios del ejercicio de la objeción de conciencia en materia de aborto, y sin ánimo de hacer un examen exhaustivo, serían los siguientes:

- Requiere una declaración anticipada y por escrito, o lo que es lo mismo, no se admite la objeción sobrevenida. Esta fórmula constituye una indudable limitación para el ejercicio de la objeción de conciencia, porque el objetor no lo tiene que ser, necesariamente, a todos los supuestos de aborto, de modo que se puede discrepar, por ejemplo, del aborto libre sin indicación médica, pero no de los otros supuestos que la ley contempla[36],

36 La ley orgánica 2/2010 recoge como supuestos despenalizados de aborto los siguientes: 1. Interrupción voluntaria a petición de la mujer dentro de las primeras catorce semanas; 2. Interrupción por alguna de las siguientes causas médicas: a) grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada; b) riesgo de anomalías en el feto; c) detección de anomalías fetales incompatibles con la vida; d) detección en el feto de una enfermedad extremadamente grave o incurable en el momento del diagnóstico. La diferencia entre los tres últimos supuestos es que el primero —riesgo de anomalías fetales— se puede practicar hasta la semana 22 de gestación, como máximo, mientras que los dos últimos supuestos carecen de plazo, pudiéndose practicar en cualquier momento de la gestación.

y no parece que se permita el profesional matizar su declaración de objeción.

- Solo pueden alegar razones de conciencia aquellos que participen directamente en la práctica del aborto, lo que parece adecuado si tenemos en cuenta que, por ejemplo, el médico que hace la analítica preoperatoria no realiza actos sustancialmente diferentes a los que se requieren para otro tipo de intervención. Sin embargo, cabría plantearse qué se quiere decir con participación directa: ¿incluye a las enfermeras que cooperan con el ginecólogo que practica el aborto, así como al médico anestesista o al personal sanitario que dispone el quirófano para su uso? La cuestión no parece clara y será finalmente la jurisprudencia la que responda esta cuestión.

- Por último, la ley establece que los objetores deben dispensar atención antes y después de la interrupción voluntaria del embarazo. Eso implica que se les exige que participen en todos los actos previos (como, por ejemplo, facilitar información acerca del aborto), así como en la asistencia posterior. La cuestión es si a alguien que ha objetado razones de conciencia para no participar en el aborto se le puede exigir legítimamente que participe en todos los actos preparatorios.

Otro posible ámbito donde se podrían alegar razones de conciencia es en el de las voluntades anticipadas. En España, la ley 14/2002 de 14 de noviembre, reguladora básica de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de documentación clínica[37], reconoce el derecho de los pacientes mayores de edad a emitir anticipadamente su voluntad con respecto a los cuidados, tratamiento, destino de sus órganos, etc., voluntad que desea que se ejecute cuando ya no pueda decidir por sí mismo (artículo 11). El desarrollo que esta norma ha tenido en las diferentes Comunidades Autónomas ha sido diverso, y algunas de ellas han previsto la posibilidad de que el profesional pueda alegar razones de conciencia para no llevar a cabo las disposiciones del paciente. El problema que aquí se plantea es el de la validez regulatoria de esas normas autonómicas en materia de objeción de conciencia, ya que, si bien no es un derecho fundamental, sí es posible decir que se trata de un derecho constitucional, vinculado al artículo 16 de la Constitución española, de modo que, aunque no requiera de ley orgánica para su desarrollo, no parece que sea razonable aceptar que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia dependa de la Comunidad en la que se resida.

37 BOE 274 de 15 de noviembre de 2002.

Por todo lo dicho, sería más que deseable que, sin mucha demora, se proceda a la regulación legal del ejercicio de la objeción de conciencia estableciendo, de modo más o menos flexible, los ámbitos, supuestos y requisitos en que puede ser ejercida.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha podido apreciar, aunque no existe en el texto constitucional español una referencia expresa a la objeción de conciencia como derecho fundamental, sí es posible afirmar la existencia este, entendido aquí su carácter fundamental como derecho humano. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha oscilado entre el reconocimiento de un derecho general a la objeción de conciencia vinculado a las libertades ideológica y religiosa (artículo 16.1), y el rechazo de esta posición bajo el argumento de que el reconocimiento de un derecho general a la objeción de conciencia equivaldría, en la práctica, a una pérdida de eficacia de las normas jurídicas.

A pesar de lo anterior, si parece haber existido acuerdo en materia del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo. Esta cuestión ha quedado, en parte zanjada, con la entrada en vigor de la ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, que reconoce esta facultad a los profesionales que participan directamente en la práctica de un aborto. Sin embargo, la mencionada ley no resuelve los problemas prácticos que la objeción de conciencia plantea en el contexto sanitario. Algunas cuestiones a las que debería responder una futura ley reguladora del ejercicio de la objeción de conciencia en el contexto sanitario serían las siguientes:

a. ¿Qué actos médicos se pueden objetar? Como acabo de señalar, existe acuerdo en la jurisprudencia y en la doctrina sobre la existencia del derecho a la objeción de conciencia en materia de aborto; sin embargo, no parece existir la misma unanimidad cuando se trata de ampliar este derecho a otros supuestos. Así, en materia de objeción a las voluntades emitidas anticipadamente (instrucciones previas, testamentos vitales, directivas anticipadas, etc.) resulta difícil establecer en qué supuestos cabría plantear la objeción. En España, la eutanasia activa directa está penada por la ley (artículo 149.4 del Código Penal), de modo que las diversas normas que regulan las instrucciones previas, tanto a nivel nacional como autonómico, no contemplan la posibilidad de que un profesional intervenga para acortar la vida de una paciente de modo directo contando con el consentimiento de este. ¿Qué puede solicitar el otorgante de un documento de voluntades anticipadas? Entre las disposiciones que puede contener este

documento están las relativas al destino de los órganos o del cuerpo después de la muerte, el rechazo a un tratamiento, la solicitud de cuidados paliativos. Realmente, lo que el documento de voluntades anticipadas permite es que la persona pueda anticipar su voluntad para que se haga efectiva en el momento en que no pueda decidir por si mismo. De este modo, la objeción de conciencia en estos supuestos es equivalente a rechazar que un paciente, en pleno uso de sus facultades, decida donar sus órganos cuando haya muerto, o que rechace un tratamiento que no desea, o que se le niegue la posibilidad de recibir cuidados paliativos.

Una situación parecida a la anterior se puede dar en los profesionales que alegan *razones de conciencia* para no intervenir quirúrgicamente a personas que por razones religiosas se niegan a recibir transfusiones de sangre. De acuerdo a las normas ya mencionadas en el cuerpo de este trabajo, el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar un tratamiento, sin que deba dar razones de su negativa, reconociéndosele incluso su derecho a equivocarse. Esto no impide que el profesional sanitario rehúse una determinada opción del paciente si considera que es contraria a las reglas de la buena práctica. Para tratar de clarificar este tipo de situaciones la futura ley debería contemplar lo que podemos llamar *objeción de ciencia*, es decir, la posibilidad de que el médico rechace una determinada opción del paciente si esta es contraria a una correcta práctica médica. En otras palabras, uno de los límites que debe encontrar el ejercicio de la autonomía del paciente es la *lex artis*.

b. ¿Quiénes pueden objetar? Con carácter general podrían alegar razones de conciencia todos aquellos profesionales que intervengan de modo directo en la interrupción del embarazo. Por intervención directa hay que entender todo lo que constituyan actos necesarios para que la prestación objetada sea satisfecha. En los supuestos de aborto se consideran actos necesarios todos aquellos que se desarrollan dentro del quirófano, de modo que afectan a todo el personal que interviene en el acto quirúrgico: ginecólogo, enfermeras, auxiliares y anestesistas. También podrían ser susceptibles de objeción los actos previos dirigidos a proporcionar información sobre el aborto, y la razón para ello es que no parece tener mucho sentido pedir a alguien que informe y explique un procedimiento con el que no está de acuerdo. Sin embargo, sería de difícil justificación dejar bajo el amparo del derecho a objetar la negativa a llevar a cabo los actos preparatorios de la intervención, tales como las determinaciones

analíticas o radiológicas, y la razón para ello es que dichas pruebas tienen un carácter general, es decir, no se dirigen específicamente a preparar esa intervención determinada, sino que son comunes a cualquier tipo de ellas.

c. Otra de las cuestiones que genera cierta polémica es la relativa al procedimiento para objetar, ya que la nueva ley del aborto contempla la creación de un registro de objetores al aborto, cuestión con la que discrepan muchos profesionales. Es evidente que la necesidad de organizar los servicios asistenciales para garantizar la prestación, en este caso, la interrupción del embarazo, obliga a conocer quienes son los profesionales que están disponibles para efectuar dicha intervención. Desde esta perspectiva, podría parecer razonable que el registro lo fuera de los que no tienen motivos de conciencia para no practicar el aborto. Sin embargo, el sentido común nos conduce necesariamente a considerar que la norma general es que la prestación se realice sin ningún tipo de obstáculo por parte del profesional competente, y que es la excepción la que debe ser conocida de modo expreso, de manera que deben ser los que objetan los que den a conocer su situación.

Pero precisamente porque la finalidad es organizativa, la nueva ley debería articular el procedimiento de declaración de la objeción de modo que se afectara lo menos posible el derecho a la intimidad del profesional y, para ello, bastaría con que el profesional comunicara a su superior jerárquico (jefe de servicio, enfermera supervisora, o similares) su voluntad de no participar en la práctica de abortos por razones de conciencia. Un registro general, de carácter público, no parece tener más sentido que el de exponer a la vista al que no quiere obedecer la norma por ser contraria a sus convicciones. En definitiva, se trata de evitar la discriminación que podría producirse al alegar razones de conciencia.

Articular una propuesta normativa que agrade a todos en esta materia no es una cuestión fácil, pero los derechos que están en juego —la libertad de decidir de la mujer y la libertad de conciencia del profesional— revisten una importancia capital y es por ello que vale la pena hacer un esfuerzo que permita lograr acuerdos que garanticen la convivencia pacífica de ambas pretensiones.

Recibido: 18/07/2012
Aprobado: 15/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 225-244
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Responsabilidad social en la investigación con humanos

Social responsibility in research with human beings

MARÍA LUISA PFEIFFER*

Resumen: Seguir hablando de ética, de bioética, en una cultura globalizada como la actual parece anacrónico. Toda ética supone la responsabilidad en tanto reconocedora del valor del otro, porque obliga a la respuesta y la supone libre. El ejercicio de la libertad se mejora, crece, aumenta, cuando los límites son parte de ella, cuando los límites actúan sobre la conducta del individuo acrecentando las posibilidades de la respuesta que se va construyendo como intercambio.

Cuando planteamos cuestiones desde la bioética hay una fuerte tendencia a asociar la responsabilidad con actos de relación individual, olvidando su carácter estrictamente solidario. La libertad está condicionada por la igualdad pero mucho más por la solidaridad. La solidaridad nos obliga a aceptar los límites que nos impone la convivencia. La salud es el espacio donde esto queda puesto de relevancia. Por ello, es necesario pensar la responsabilidad social desde una bioética sustentada sobre los derechos humanos, especialmente el derecho a la salud. Esto es lo que se hace en este trabajo tomando como eje de reflexión las investigaciones con humanos.

Palabras clave: ética – bioética – responsabilidad social – derecho a la salud – investigación con humanos

Summary: It seems anachronistic to keep on talking of ethics and bioethics in a globalized culture. All ethics is based on a responsibility that acknowledges the value of the other because it forces an answer and this answer is supposed to be free. The exercise of freedom improves, grows, increases when limits are part of it. The possibilities of the answer are constructed by exchange when the limits act upon the behavior of the individual. In bioethics there is a strong tendency to associate responsibility with acts of individual relation. This neglects the strictly solidary character of responsibility. Freedom is conditioned by equality but much more by solidarity. Solidarity forces us to accept limits imposed to us by coexistence. Health is the space where this becomes relevant. Therefore it is necessary to think of social responsibility from a bioethics perspective based on human rights, especially on the right to health. This work does precisely that, focusing on research with human beings.

Keywords: ethics – bioethics – social responsibility – right to health – research with human beings

* Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Buenos Aires, Argentina. Doctora en Filosofía. Correo electrónico: maliandi@retina.ar

CONTENIDO: I. LA RESPONSABILIDAD.– II. *LA CARTA DE BUENOS AIRES*.– III. LA SOLIDARIDAD Y LOS PROTOCOLOS DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.– III.1. EL ESTADO.– III.2. EL COMITÉ DE ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN.– III.3. EL INVESTIGADOR.– III.4. EL EQUIPO MÉDICO.– III.5. LA INSTITUCIÓN.– III.6. EL PATROCINADOR.– IV. CONCLUSIÓN.

¿Qué país será éste que hasta hace falta defender lo obvio?
BELTOLT BRECHT

Y sucedió que estando juntos en el campo, Caín se levantó contra su hermano Abel y lo mató.
Entonces Jehovah preguntó a Caín: –¿Dónde está tu hermano Abel?
Y respondió: –No sé. ¿Soy yo acaso el guarda de mi hermano?
Génesis 1,4:1-1,4: 26

I. LA RESPONSABILIDAD

Seguir hablando de ética, de bioética, en una cultura globalizada como la actual parece anacrónico. En efecto, en el mundo global se acrecientan las relaciones humanas sostenidas sobre un relativismo de los valores, sobre la vigencia del individualismo, a tal punto que incluso se defiende como una formulación de derechos que el interés del individuo está por encima del de la sociedad, como si fueran diferentes. Se suma a esto el escepticismo moral sostenido por la información acerca de cientos de culturas y creencias que divergen; la volatilidad de las relaciones; la comprensión de estas como intercambios que exigen reciprocidad[1] y compensación; el positivismo jurídico entendido como que la ley sólo depende de la voluntad de los que legislan; entre otros fenómenos que impiden la mayor parte de las veces atenerse a referencias éticas. Ética y responsabilidad se asocian estrechamente con la libertad, por lo menos desde el siglo XVIII. La primera relación de la responsabilidad fue con el derecho, pero, como supone la libertad, no es posible no considerarla a la hora de hacer referencia a conductas éticas, en tanto y en cuanto tiene que ver con dar ciertas respuestas sobre las acciones propias que sean comprendidas y aceptadas por todos[2]. El imperativo kantiano pone como medida el universal «todo hombre» que podemos animarnos a traducir como «todos los hombres» a fin de hacer más concreto el razonamiento.

1 Reciprocidad tiene que ver con movimientos compensados: lo que el uno haga depende de que también el otro haga algún movimiento. Las tan difundidas relaciones contractuales, que atraviesan éticas como la rawlsiana, responden a un reclamo de reciprocidad.

2 Si bien es cierto que el concepto de responsabilidad ha tenido muchos usos y significados, quiero remitirme al que le da origen, que es el de respuesta, y que es el que pone de relevancia Pedro Aranguren en su ética, a quien remito en esta referencia. Al respecto, ver ARANGUREN, Pedro. *Ética*. Madrid: Revista de Occidente, 1958.

Pero este juego de la razón, del que Kant es maestro, ha llevado a asociar la responsabilidad al individuo en tanto y en cuanto relaciona estrechamente libertad con autonomía, estableciendo, como norma ética, que cada uno debe medir por sí mismo las razones y los valores con el imperativo de la razón. Sin embargo, si bien quien mide es el individuo, afirmar que la responsabilidad es individual es falaz porque, como acabamos de afirmar, esas razones deben ser comprendidas, aceptadas, compartidas por todo hombre: todos los hombres. Es en este sentido que Lenoir afirma que «la dimensión de la alteridad del valor para otro, está presente a lo largo del proceso argumentativo. Este tiene, por esencia, una dimensión pública»[3]. No existe el argumento para mí mismo, privado: el argumento es siempre para otro y por ello va más allá de los puntos de vista individuales, buscando la universalidad y el consenso. El consenso es siempre condicionado por los otros en particular, no en universal, es decir por las creencias que sostienen a una cultura, y por ello exige el diálogo. El consenso no lo obtiene el individuo en soledad sino con otros, la responsabilidad es ejercida con otros. Toda actitud responsable es reconocedora del valor del otro porque obliga a la respuesta ante la pregunta ¿por qué?, ¿para qué? Por ello toda ética supone la responsabilidad, es decir la respuesta elaborada desde el individuo pero con el otro, en un contexto que el otro entienda y justifique. Si no cumple con estas condiciones la acción, la conducta, no es responsable, porque no dio respuesta; no hace justos los actos, porque el juicio sobre la justicia de un acto no puede ser propio sino que proviene de la comunidad, sea de su moral, su religión o su filosofía.

Ricoeur comprende de esta manera la responsabilidad cuando afirma que «llega un momento en la reflexión en que desaparecen la exterioridad y la interioridad, la trascendencia y la inmanencia, la autonomía y la heteronomía. No hay duda que aún está en juego la autorrealización del hombre, pero bajo el signo de la falta y de la incompletud. Es por eso que esta tarea es experimentada como confiada por otro»[4]. El ejercicio de la responsabilidad no puede pensarse sin el otro, porque depende de la experiencia ineludible de la dependencia del otro. *Cuando se delibera se recurre a argumentos que es imposible establecer de dónde vienen, si* son «propios» o «ajenos», ya que deben ser usados para responder al otro cuando pregunta sobre la bondad de los actos. El otro «obliga» a usarlos, pide que sean usados, nos da esos argumentos porque son los que reconoce, entiende, comprende, valora. Las razones que faltan a la razón deliberativa pueden ser proporcionadas por otro y viceversa. Una deliberación en soledad es una construcción *a posteriori* del sujeto que decidió, de la que borró al otro. El otro confía la tarea de hacer justos

3 LENOIR, Frédéric (dir.). *Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique avec Jean Bernard, Marie-Colette Boisset, Jacques Delors et al. Postface de Paul Ricoeur*, París: Fayard, 1991, p. 218.

4 RICOEUR, Paul. En LENOIR, Frédéric (dir.). Ob. cit., p. 270.

los actos cuando pregunta al que actúa por qué y para qué los realiza, confía en la respuesta del agente, en que esta será racional, solidaria, en que el agente sabrá justificar, hacer justos sus actos a la medida del que pregunta. Esto se ve claro en el relato bíblico del *Génesis*, donde Dios pregunta a Caín por el cuidado de su hermano, le pide respuesta como a un igual, lo hace responsable por su hermano. Dios espera la respuesta de Caín: ¿dónde está tu hermano?, ¿qué hiciste con él?, ¿lo ayudaste?, ¿lo dejaste solo en la necesidad, el hambre, la injusticia? ¿Qué hiciste para él? Dios confía en la respuesta de Caín, en que Caín será responsable, habrá sido responsable con su hermano deliberando y decidiendo como justa una conducta que Dios valore, comprenda, comparta. Pero Caín no responde, pretende que la responsabilidad no existe, que es la forma más común de la irresponsabilidad, se encierra en sí mismo, tiene razones solo para sí mismo que ni Dios ni su hermano pueden aceptar como justas. La respuesta de Caín está hecha a su medida, no a medida del hombre o de todos los hombres. Por ello no es una respuesta, es una pregunta cuya respuesta ya sabe pero que pretende ignorar. Caín miente., no tiene razones, no puede dar razones a Dios, se oculta tras la ignorancia como si esta pudiera ser una razón moral.

A esto hace referencia Ricoeur: la responsabilidad por el otro no es una decisión unipersonal, es algo que el otro nos reclama y a lo que estamos obligados a responder, y la no respuesta es también una respuesta, es el reconocimiento de la irresponsabilidad, es la decisión de decidir y actuar en soledad sin tener en cuenta al otro, es negar la condición de dependiente del otro y de los otros, es engañar y engañarse con falsos argumentos, es negar, en suma, la condición humana. En efecto, la «obligación» de responder nos sobreviene con la condición humana que es una condición corporal que nos obliga a la mutua dependencia. Por ello el castigo divino a Caín no es otra cosa que obligarlo a hacerse responsable de su acto, a vivir tal cual decidió, en soledad, alejado de todo hombre, rechazado por todo hombre, ¿Qué puede reclamar Caín si esa fue su decisión: vivir en soledad y aislamiento, siendo su único referente? También Levinas marca esa responsabilidad que viene de otro[5], al igual que Jonas, quien elabora una ética de la responsabilidad. En efecto, para Jonas, la evolución es la historia de la libertad que considera presente en todos los modos de lo vivo y que culmina como responsabilidad en el ser humano. Lo sintetiza así: «La libertad ya me había parecido contenida en germen en el metabolismo, pero fue remontando el curso de la evolución animal elevándose a grados cada vez más superiores, tanto en el plano físico como en el plano psíquico, para culminar en el ser humano. Y en este punto culminante, la aventura de la libertad que la naturaleza había arriesgado con la vida en toda

5 LEVINAS, Emanuel. *Humanismo del otro hombre.* Córdoba: Siglo Veintiuno Editores, 1993.

su vulnerabilidad, se convertía en un asunto de responsabilidad para el sujeto. Aquí, entonces, se abría la dimensión de la ética, la cual como ciencia del deber supera la ciencia del ser si bien apoyándose en ella»[6]. El cómo concebir la libertad juega aquí un papel fundamental. Se puede imaginar como lo hacen, aunque de manera diferente, Zubiri y Sartre[7], que la libertad es inevitable, es un mandato a cumplir. Esto significa que el humano, frente a una situación que le es ajena —la realidad, según Zubiri, la nada según Sartre— está condenado a elegir, desde sí mismo, respuestas incondicionadas, no establecidas previamente. El supuesto de esto es que, como seres humanos, somos absolutamente libres para elegir, lo cual nos marca (biológicamente para Zubiri, en la conciencia según Sartre). Ambas concepciones de la libertad, que comparten muchos filósofos, no tiene en cuenta que somos seres corporales[8], es decir finitos: acotados por los otros porque hemos de vivir socialmente; por la palabra porque hemos de comunicarnos; por el tiempo porque vivimos históricamente como presente, pasado y futuro; por el espacio porque vivimos geográficamente; por lo «biológico» (fisiológico, genético, químico, y lo psicológico). *De modo que la responsabilidad* supone el ejercicio de la libertad *como* poder vivir con esos límites, entablando con ellos una relación creativa. No se trata de elegir entre las posibles respuestas que el organismo «biológico» —hoy sobredimensionado como sistema neurológico— tiene como opción, frente a estímulos que vienen de un medio ajeno, pero tampoco de concebirnos como conciencias que sobrevuelan los cuerpos reduciéndolos a objetos a manipular. El ejercicio de la libertad se mejora, crece, aumenta, cuando los límites son parte de ella, cuando los límites actúan sobre la conducta del individuo acrecentando las posibilidades de la respuesta que nunca proviene solo del individuo sino que se va construyendo como intercambio. La respuesta libre está siempre condicionada por la convivencia. La propuesta zubiriana se parece mucho a la sartreana en tanto y en cuanto ambas atribuyen a lo humano la libertad absoluta del sujeto a-corporal, asociación propia del sujeto autoreferido de la modernidad.

Si bien la responsabilidad es una virtud personal, la respuesta no es individual sino social, incluye a la comunidad, es una respuesta que compromete a la comunidad pues esta la entiende o no, la acepta o no, la adopta o no. Por ello las discusiones filosóficas acerca del determinismo de la conducta tienen poco que ver con la responsabilidad en tanto y en cuanto filosóficamente hablando asociamos esta a la libertad. ¿Aceptaría en efecto la cultura occidental actual la respuesta

6 Jonas, Hans. *Wissenschaft als persönliches Erlebnis*. Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1987.

7 Ver Zubiri, Xavier. *Naturaleza, Historia, Dios*. Madrid: Alianza Editorial, 1994; Sartre, Jean-Paul. *L' être et le néant*. París: Gallimard, 1943.

8 En el caso de Zubiri, el cuerpo es el biológico, el construido por la ciencia biológica como un organismo viviente, un organismo que unifica partes merced a un mecanismo de continuidad (nacer, crecer, multiplicarse y morir) que denominamos vida.

de alguien afirmando que realizó determinada acción porque un dios se lo indicó? ¿O que el destino la tenía reservada para él? Estas serían respuestas posibles para un azteca o un griego, pero no para hombres marcados por la modernidad y más aun la posmodernidad. Las pautas de la convivencia, las denominadas pautas morales o culturales, posibilitan una respuesta y que esta sea aceptada como tal. Más aun, la califican como justificación o culpa y pueden exigir compensaciones. La responsabilidad es una conducta que solo puede darse insertada en una vida común, que solo puede ser escuchada, reconocida, valorada como buena o mala en tanto lo es «entre» todos, entre vidas, lenguajes, valoraciones, hábitos, que se comparten «entre» humanos[9]. En ética no se trata de juzgar actos aislados sino conductas: acciones que se continúan siguiendo una trayectoria. Ello no significa que puedan haber en ocasiones ciertos efectos causales independientes de la libre voluntad que abren cauces conductuales que muchas veces escapan del control y del conocimiento del agente, en esos casos no podemos hablar de responsabilidad porque es imposible dar respuesta a la comunidad sobre esos actos que pueda ser aceptada como tal. Sin embargo, volvemos a repetir que los juicios éticos son sobre conductas, no sobre actos. Nadie califica de irresponsable a alguien que falla en una acción porque no alcanza lo buscado por razones ajenas a su voluntad, pero sí cuando esos actos, que pasan por fallidos, se suman a lo largo de un tiempo, porque ello puede ser indicio de desconocimiento, no atención, no interés, despreocupación, incapacidad moral o mala intención[10]. Cualquiera de estas actitudes puede asociarse a conductas irresponsables.

El sujeto moderno es el sujeto de la inmanencia, cerrado sobre si mismo, de modo que sus intereses, sus deseos primordiales, son los suyos propios. Esto hace que lo caracterice la carencia de solidaridad y que entienda a esta como ayuda. Vive en privado, es decir carente de registro del otro, de sus deseos y sus intereses. Lo distingue la incapacidad moral de dejar de lado los propios intereses en aras de los de otros o de la comunidad. Por ello el mayor nivel de intercambio al que se aspira actualmente, incluso en bioética, es el de la reciprocidad cuya expresión más objetiva es el contrato. La reciprocidad es entre individuos separados, ajenos unos a otros y con intereses y fines diferentes, y desconoce absolutamente la solidaridad para la cual lo común es previo a lo privado[11]. Estas características del sujeto individual de la modernidad

9 Ver Pfeiffer, María Luisa. «El "espacio" como espacio moral». En *El espacio de la desmesura. Una aproximación bioética a la moral.* Buenos Aires: Antropofagia (en prensa).

10 En bioética se menciona el doble efecto que sigue causalmente a determinadas conductas, como por ejemplo cuando sobreviene la muerte más rápidamente frente a una sedación profunda. Sin embargo, aquí, aunque el conocimiento indica que esto puede suceder, y el puede indica que no es necesario el resultado, la intención es causar el efecto benéfico de la serie causal, dejando librado a factores que no se conocen o no pueden preverse que suceda o no el efecto dañino.

11 El concepto de vida privada alude a la vida despojada de los otros. Este movimiento, el de la privacidad, solo es posible porque antes hubo comunidad, es un movimiento de separación, de sustracción.

son el origen de la incompatibilidad entre vivir en sociedades modernas y el ejercicio de la ética. El yo, expresión máxima de la subjetividad, impide toda posibilidad de solidaridad, o sea responsabilidad por y con los otros.

La Revolución Francesa, expresión tardía del iluminismo que intentaba recuperar los ideales del mismo, adopta como identificadores de los nuevos tiempos a la libertad, la igualdad y la solidaridad. Sin embargo, la sociedad que resulta de ese acontecimiento histórico debe recorrer un largo trayecto de disputas ideológicas y peleas políticas hasta aceptar las dos primeras proclamas y olvida a la solidaridad en el camino. Esto genera tendencias políticas que difieren particularmente por el nivel de absolutización de la primera o segunda proclama, en un mundo que valora cada vez más al individuo, al sujeto, como medida de la ley, de la economía, de la moral, olvidando que la libertad y la igualdad solo pueden ponerse en práctica en un mundo solidario. Por ello no debe asombrarnos que en el tiempo actual, menesteroso de solidaridad, se carezca cada vez más de libertad e igualdad.

Es la asociación con los cuerpos lo que hace posible pensar una libertad solidaria, ya que la condición de corporal impide la libertad ser absoluta, puesto que está obligada, por ser corporal, a renunciar a serlo y poderlo todo. De un modo semejante, la igualdad solidaria de los cuerpos no puede ser unificadora, sino que está obligada, por su carácter corporal, a reconocer las diferencias. «Las diferencias son lo único que nos permite aprender. Si todos fuéramos iguales, no podríamos ofrecernos nada unos a otros»[12]. La igualdad en la diferencia solo es posible desde la solidaridad. De ahí que una solidaridad sostenida sobre el reconocimiento de los cuerpos obliga al don gratuito, sin esperar retribución ni compensación. La justicia pierde el sello de retributiva y se permite ser pensada como sostenida sobre la generosidad del don como igualitaria y no igualadora, libre y no caprichosa.

¿Por qué hacer hincapié en la condición corporal de toda actitud y conducta humana? ¿Por qué ponerla como sostén de toda conducta solidariamente libre e igualitaria? Porque es necesario reconocer que el ser humano es un sujeto corporal y que como tal no se crea a sí mismo por su propia voluntad sino que es concebido por otros que se someten a otro: la naturaleza, que les impone sus leyes; que nace y sigue vivo dependiente de la voluntad de otro y otros: sus padres, parientes, la sociedad en que vive, el mundo en que vive; que va conformando su personalidad en relación con lo otro y los otros como violenta, pacífica,

12 Esta es una frase muy conocida de Lord Menuhin of Stoke d'Abernon, violinista y director de orquesta del siglo XX, de origen ruso, conocido en el mundo de la música como Yehudi Menuhi. El fue quien ideó un programa pedagógico llamado Proyecto MUS-E, cuyo fin es la educación en valores a través de las artes, mejorando el trato entre compañeros, disminuyendo la discriminación y propiciando la tolerancia, que se desarrolla en muchos países europeos.

generosa, optimista, mendaz, honrada, trabajadora, explotadora, competitiva, etcétera.

El ser humano, el sujeto, es «arrojado al mundo», según la expresión heideggeriana, siempre tarde, porque antes hay otros. Esto es lo que lo obliga a la responsabilidad, según afirma Levinas[13]. Su carácter y condición de mundano es su nudo mismo: la obligación, la necesidad, de responder por y a otro que ya estaba allí cuando nace, cuando se hace cuerpo, cuando se halla empujado a relacionarse con el mundo por esa misma condición y ese mismo carácter.

Cuando desde una bioética tradicional se plantean cuestiones problemáticas que afectan a la naturaleza o a los demás hombres, hay una fuerte tendencia a asociar la responsabilidad con actos de relación individual: «Yo soy responsable por otro». Suele pensarse que fuese el otro el que depende de mí y no que yo dependo del otro. La dependencia vuelve una y otra vez a verse asociada al ejercicio de la subjetividad, olvidando el carácter estrictamente solidario de la responsabilidad. Cuando se concluye que la responsabilidad es central a la ética, cuando se advierte que su reconocimiento implica el ejercicio de una vida solidaria, surge la tentación de preguntar, a la manera de Brecht, ¿qué lugar, qué mundo, qué región será esta que hasta hace falta defender lo obvio?

II. *LA CARTA DE BUENOS AIRES*

Cuando en Buenos Aires un grupo de delegados de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, República Dominicana, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela, reunidos en el Seminario Regional «Bioética: un desafío internacional. Hacia una Declaración Universal», trabajó sobre una de las primeras versiones de la *Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, cayó en la cuenta y puso de relieve que en esa redacción preliminar, faltaba lo que luego fue el articulo 14: la mención a lo que significa la responsabilidad social en salud[14]. Fue en ese momento que los mismos delegados, temiendo que sus intentos por defender lo obvio fracasaran, formularon la *Carta de Buenos Aires*[15].

La declaración, que hasta ese momento se llamaba *Declaración de Bioética*, tenía en claro la defensa y relevancia de la libertad y la igualdad a la hora de considerar la responsabilidad, pero olvidaba, como viene sucediendo

13 Ver Levinas, Emanuel. Ob. cit.

14 Se puede buscar el comentario a este artículo hecho por la Redbioética/ Unesco, cuando se discutió su alcance y significado. *Comentarios de la Redbioética/ Unesco sobre el Reporte Preliminar sobre Responsabilidad Social y Salud (Art. 14 de la DUBDH).* En Documentos. Red latinoamericana y del caribe de bioética (http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/es/biblioteca/documentos.html), 2004.

15 Redbioética/ Unesco. *Carta de Buenos Aires*, (http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/CartaBuenosAires-RED.pdf), 2004.

históricamente, la solidaridad. La *Carta de Buenos Aires* fundamenta su declaración sobre documentos logrados por consenso en reuniones internacionales donde se señala la necesidad de conformar sociedades solidarias. Su carácter de documentos públicos, obtenidos gracias a la participación de un número importante de representantes de una gran cantidad de países, da a estos consensos valor internacional, que es lo más parecido a lo universal que podemos pretender en sociedades que sostienen la libertad humana[16]. Este dato no puede obviarse a la hora de consultar documentos en bioética con miras a orientarse para dictaminar sobre protocolos de investigación, ya que muchas instituciones privadas, con buena voluntad algunas, han inundado el mundo bioético de declaraciones, guías, orientaciones, consejos, directivas, asesoramientos, indicaciones y normas, acerca de cómo juzgarlos éticamente. Estos documentos, provenientes de asociaciones o fundaciones que muchas veces solo se representan a sí mismas, son adoptados frecuentemente por organismos gubernamentales con valor de universalidad, sin reparar en que muchas veces contradicen, sobre todo en el espíritu aunque no necesariamente en la letra, la defensa del derecho a la salud de los sujetos de experimentación. La *Carta de Buenos Aires* pretende alertar sobre las amenazas al consenso internacional que representan algunos documentos promovidos por intereses sectoriales o de ciertos países o grupos de países que ejercen gran poder económico. Tomando en cuenta de que dichos documentos imperan en gran medida a nivel internacional, no estaría de más, antes de adoptar alguno, ejercer sentido crítico y preguntarse por su procedencia.

Los siguientes dos artículos de la *Carta de Buenos Aires* ponen de relevancia que la responsabilidad social no solo no ha reconocido su alcance global sino que ha olvidado su carácter solidario, por lo cual los más vulnerados y vulnerables se han visto privados de las condiciones que les permitan vivir en libertad e igualdad: «La posibilidad de constitución de todos como sujetos morales y libres ha sido devastada en el mundo por la pobreza, la indigencia y la exclusión social, como consecuencias de la imposición a los países pobres de políticas económicas que han privilegiado el libre mercado, minimizando el rol del Estado, favoreciendo a la desocupación como variable de ajuste, y provocando la caída de la producción industrial, el endeudamiento externo, la especulación financiera y la corrupción y un profundo deterioro de la calidad de vida»[17].

16 El concepto de universal proviene de la lógica clásica sustentada sobre la metafísica griega. Por consiguiente, lo que puede calificarse como universal goza también del carácter de absoluto y es lo que denominamos ser. El ser, universal y absoluto es idéntico al bien y la voluntad humana no puede sino buscarlo. Cuando la voluntad humana cree estar buscando un bien particular está buscando el bien universal y absoluto. En ese sentido no es libre: cuando busca el mal es porque se equivoca, lo confunde con el bien. Esto se halla en contraposición con la posibilidad del mal, el movimiento, la nada, que acepta la modernidad como objetos de la voluntad. La libertad es la facultad de esa voluntad que le permite rechazar el bien y aceptar el mal como mal.

17 Redbioética/ Unesco. *Carta de Buenos Aires*, p. 4.

Frente a esto es necesario preguntarse, a la hora de analizar un protocolo de investigación, qué consiente un paciente y bajo qué condiciones se le pide que consienta. Es decir, se debe asumir la responsabilidad de su respuesta, por y con ese paciente. La carencia de solidaridad impide que la responsabilidad pueda ser puesta en práctica ya que ni el paciente puede responder por su decisión, ni la sociedad puede aceptar como legítima su respuesta. Por consiguiente, la *Carta de Buenos Aires* exige de los que la firman que, como ciudadanos, profesionales y académicos, sostengan «la necesidad de que los Estados recuperen la iniciativa en la creación de condiciones para el bienestar general y el desarrollo humano y sostenible, en tanto este es un deber moral ineludible del sector público a través de la gestación de los programas y servicios necesarios desde una perspectiva de equidad y justicia social, protegiendo y respetando la democracia, el pluralismo y la diversidad, y favoreciendo la construcción de una ciudadanía participante»[18]. La responsabilidad social no puede quedar solo en darse cuenta de que la carencia de solidaridad atenta contra la libertad y la igualdad, sino que obliga a dar un paso más en el compromiso con el cambio de las condiciones de vida injustas. En relación a esto, la *Carta de Buenos Aires* hace propuestas, establece compromisos y hace convocatorias sostenidas sobre todo por la defensa de los derechos humanos y la cooperación regional.

En cierta forma, aunque no muy entusiastamente, la *Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos*[19] recoge este desafío especialmente en el artículo 14, donde se vincula la promoción social de la salud con el desarrollo de los pueblos. Con este artículo se busca recuperar una de las tres patas sobre la que se asienta la ética que se proclama en occidente, la que se pretende que sustente todas las teorías jurídicas, constituciones y pautas políticas: la solidaridad. Las constituciones democráticas, no solo en América Latina sino en el mundo, ponen como sustento la ética, y para tener una mejor comprensión de lo que esto significa se debe recordar que la ética carece de posibilidades en un mundo sin solidaridad. La *Declaración* marca que hay un derecho a la solidaridad y que este se muestra como acontecimiento ineludible en el campo de la salud. Que nuestro destino como humanos sea solidario implica que no podemos ser libres en una sociedad de esclavos, y no podemos ser reconocidos como iguales en una sociedad donde no se practique el respeto por el otro, es decir, una sociedad indigna, y que la dignidad exige el reconocimiento mutuo. La libertad está condicionada por la igualdad pero mucho más por la solidaridad. Esta nos obliga a aceptar los límites que nos impone la convivencia. La salud es el espacio donde esto queda puesto de relevancia: todos pertenecemos a una comunidad mundial

18 L. cit.

19 Unesco. *Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos*. En Documentos. Red latinoamericana y del caribe de bioética (http://www.unesco.org.uy/shs/red-bioetica/es/biblioteca/documentos.html), 2005.

cuya condición de saludable está indisolublemente asociada, puesto que la enfermedad, los riesgos ambientales, la vida sin condiciones propicias, la falta de futuro, no tiene fronteras. Por consiguiente, la acción por una salud pública no debe limitarse al interior de los estados, sino que debe movilizar el compromiso político internacional. Desconocer esto es un acto de arrogancia imperdonable puesto que hoy más que nunca sabemos que el desarrollo de la salud, la preocupación por la aparición de nuevas enfermedades, el recrudecimiento de enfermedades que se creían dominadas, y, finalmente, la amenaza de contaminación ambiental, la carencia de agua, el calentamiento global, el imperio de la violencia, están unidos a la supervivencia del planeta.

III. LA SOLIDARIDAD Y LOS PROTOCOLOS DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

La práctica de la investigación en medicina se ha generalizado generando protocolos de investigación que involucran a pacientes y no pacientes y cuyo desarrollo se asocia con el derecho a la salud. Muchos médicos son calificados hoy de investigadores porque forman parte e incluso dirigen protocolos de investigación de los llamados multicéntricos. Es claro que en cuanto médicos tienen en esta tarea, que les encomienda la sociedad, responsabilidades específicas respecto de la salud de las personas. Esto significa que a la hora de pensar la salud, de considerar la enfermedad, de imaginar una vida saludable, los médicos son los primeros responsables y lo son por decisión propia. Han prometido, jurado, frente a la sociedad, cuidar a las personas en la salud y en la enfermedad lo cual significa promover la salud para que los sanos sigan siéndolo y curar o acompañar en un buen vivir o morir a los enfermos.

La pregunta que puede formularse entonces es qué responsabilidad le cabe al médico en una investigación científica que usa a seres humanos como objetos a investigar. No estamos hablando aquí de esos médicos que son meros recolectores de datos y que espuriamente se denominan investigadores cuando no tienen formación de científicos, sino de los auténticos médicos investigadores que es a quienes se les presenta este dilema. Los protocolos de investigación médica que involucran humanos, sean farmacológicos, clínicos o genéticos, tratan con seres humanos, con sujetos, no con objetos, y la responsabilidad que cualquiera tiene con un objeto es diferente de la que tiene con un sujeto. Con un sujeto, que es un ser humano valioso, digno, se tiene la obligación de ser solidario. ¿Cómo es solidario un médico en una investigación científica? ¿Y cómo es solidario el paciente, en tanto y en cuanto que la solidaridad, si no es mutua, no es tal? ¿Qué significa que el enfermo investigado es digno y sujeto de derechos? ¿Quién es el que debe reconocer esa dignidad y respetar esos derechos? ¿Solo el médico, solo el paciente?

Analizar quién tiene responsabilidades sociales, públicas, en un protocolo de investigación no es una tarea sencilla. Sin embargo es posible establecer que son todos los que intervienen en la investigación en tanto y en cuanto esta afecta a la sociedad. Desde el paciente al estado pasando por los investigadores, los patrocinadores, las instituciones, los colaboradores y el mismo comité de ética de la investigación.

Sin embargo, muchas guías para análisis de los protocolos, como la que proporciona el Ministerio de Salud de la República Argentina, con el propósito de enseñar a juzgar acerca del contenido ético de los mismos, ponen el acento sobre el valor y la importancia del consentimiento informado[20]. En estos documentos el peso de la responsabilidad está puesto sobre el sujeto a investigar: si el paciente, debidamente informado, consiente, sea por la razón que sea, el protocolo es ético. ¿Y los demás agentes morales dónde quedaron?

En la escala de responsabilidades el paciente es el último escalón, puesto que es el más vulnerado y en razón de ello la sociedad está obligada a darle el mayor nivel de protección: todos los demás actores en un protocolo de investigación tienen responsabilidades mayores que las del paciente. No parece comprenderse así en la práctica habitual, que pone todo el peso de la decisión sobre quien debe consentir. Al respecto, la *Declaración de Helsinki*, afirma: «La responsabilidad por los seres humanos debe recaer siempre en una persona con capacitación médica, y nunca en los participantes en la investigación, aunque hayan otorgado su consentimiento»[21]. De modo que aunque no podamos decir que el paciente carece de responsabilidad puesto que decide, la suya es la menor en todo este proceso y por eso debe ser protegido. Esa protección de la sociedad debe consistir en reclamar a todos los que forman parte de la investigación que cumplan antes con sus responsabilidades para luego pedir al paciente que cumpla con su parte.

III.1. El Estado

El mayor responsable es el Estado, que debe establecer pautas claras y precisas para proteger al paciente de todos los intereses monetarios que giran alrededor de las investigaciones científicas. Leyes que pongan límites claros, que penen a los que los sobrepasen y establezcan controles contundentes. El estado debe garantizar una vigilancia constante y eficiente para que se garantice y propicie el respeto de los derechos a todos por igual. Debe además brindar información pública

20 Ver Ministerio de Salud de la República Argentina. *Guía para Investigaciones con Seres Humanos. Resolución 1480/2011*, (http://www.anmat.gov.ar/webanmat/legislacion/medicamentos/Resolucion_1480-2011.pdf), 2011.

21 Asociación Médica Mundial. *Declaración de Helsinski* Artículo 15. Disponible en *Anales de la Facultad de Medicina. Universidad Nacional Mayor de San Marcos,* 62, 1 (2001), (http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/anales/v62_n1/etica_helsinki.htm).

acerca de lo que se hace y lo que no se hace. El estado tiene un rol mayor que el de simple vigilante, tiene el rol de garante de derechos, es decir, de facilitador de condiciones para que los derechos de los ciudadanos puedan ser ejercidos. Es él quien tiene autoridad para ejercer el poder delegado por la sociedad. Por lo tanto, no tiene privilegios en una sociedad de iguales. Debe cumplir con sus obligaciones, es decir, respetar y hacer respetar los derechos, igualar a las personas a nivel de protección social, económica, política. Debe, pues, garantizar la libertad de las personas solidariamente, lo cual significa, a la vez, que no puedan ser usadas pero que tampoco puedan usar a otros. La solidaridad pone límites a la libertad y garantiza la igualdad, pues asegura que todos gocemos del mismo destino, de una suerte común.

III.2. El comité de ética de la investigación

En muchos casos, los estados vienen derivando su responsabilidad de controlar la eticidad de los protocolos de investigación en comités de ética de la investigación, sin garantizar que puedan hacerlo. El Estado puede delegar poderes, pero debe hacerlo tutelando a quien los ejerce en su nombre. Al momento del ejercer el poder que el Estado ha delegado en ellos, los comités de ética de la investigación se encuentran desprotegidos, especialmente en nuestra región, aunque no están mejor en otras partes del mundo[22]. Sea porque no cuentan con la formación y disposición suficiente de sus miembros, porque la pelea con los poderes económicos es desigual, porque no tienen a quién acudir ante actitudes avasallantes de parte de las instituciones, porque carecen de garantías de que sus decisiones serán tomadas en cuenta por las grandes corporaciones, entre otros problemas. Sin leyes que los respalden, comités nacionales que los sostengan, instituciones internacionales que garanticen la justicia más allá de las manipulaciones nacionales, la tarea de los comités se convierte en titánica. Los comités de ética no tienen poder propio sino subrogado, pero en la práctica funcionan como si fueran portadores de todo el poder. Una de las obligaciones que los comités no cumplen es establecer claramente cuál es su estatuto en la escala de poder para que se conozcan sus límites y posibilidades.

III.3. El investigador

Si bien el Estado es el primer responsable, y claramente su responsabilidad es la de la misma sociedad controlando que sus miembros cumplan con su obligación de respetar los derechos de todos, el que firma el protocolo es el investigador. Este se pone a sí mismo, a su profesión,

22 Ver Eulabor. *Documento Final del Proyecto de Investigación «Sistemas de regulación ética de la investigación biomédica en Latinoamérica y Europa»*, (http://www.eulabor.org/docs/propwp5_esp.pdf), 2010.

a su honor, como garante, al firmar que ese protocolo cumple con todas las condiciones que exige el conocimiento para ser científico. En efecto, las investigaciones nos merecen respeto, las aceptamos, porque suponemos que son científicas, que han seguido procedimientos serios, corroborados por siglos de conocimientos. Elaborar un protocolo científico implica conocer los antecedentes en la materia, haber investigado antes en el laboratorio, haber hecho pruebas en animales, tener una cierta certeza de que eso que se va a probar en humanos es beneficioso para ellos, puesto que la finalidad de la ciencia es beneficiar a los seres humanos, mejorar sus condiciones de vida, anular el efecto de lo dañino y promocionar el efecto de lo benéfico. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿cómo pueden elaborar protocolos científicos médicos que nunca han estudiado ni epistemología ni metodología de la investigación? En Argentina, donde hay un crecimiento exponencial de la participación de médicos en protocolos de investigación, los médicos no tienen esa formación en su carrera profesional. Si se carece de formación en epistemología, en metodología de la investigación científica, ¿cómo juzgar la validez, la oportunidad, la corrección de un protocolo que viene de otro lugar y que tiene la condición de «enlatado» (es decir, no puede ser cambiado)? El investigador es totalmente responsable del protocolo que pone en marcha y lo es doblemente en cuanto médico, porque está usando en esa investigación a personas enfermas. Su primera y fundamental pregunta, entonces, como médico, es si con esa investigación está beneficiando al paciente que incorpora al protocolo, porque su primera y fundamental responsabilidad, frente a la sociedad, es cuidar al paciente (Hipócrates). Eso es lo que juró, prometió, frente a la sociedad y la razón por la cuál esta lo habilitó a ser médico. Doble responsabilidad: como científico, porque hace ciencia debe buscar beneficiar a la gente; como médico, que esa gente a la que debe beneficiar tenga nombre y apellido. Cuando esto no es así, cuando los médicos ponen su firma sin saber, o sin querer saber, están actuando fuera de toda pauta ética. El estado no debe permitir esto, la sociedad debe inhabilitar a los médicos que asuman responsabilidades para las cuales no están preparados puesto que están atentando contra la salud de la población.

III.4. Equipo médico

¿Y los colaboradores? Los enfermeros, los técnicos, los laboratoristas, ¿tienen responsabilidad? También ellos tienen una responsabilidad doble: como ciudadanos deben ser solidarios, es decir, reconocer el valor de las personas enfermas como tales y obligarse como individuos y como sociedad a mejorar su estado de seres vulnerados; y, como profesionales, deben cumplir con aquello que los obliga su profesión, que es beneficiar a las personas. También ellos han hecho un juramento o una promesa

de cuidar a los enfermos. Están obligados a saber de qué se trata un protocolo, qué se busca con él, buscar información acerca de si es benéfico o no para el paciente, conocer sus consecuencias dañinas. No solo el comité de ética debe analizar estas condiciones, todo aquel que participa en un protocolo debe hacerlo. Negar esto sería deslindar responsabilidades de parte de aquellos que las han asumido como profesionales frente a la sociedad y que en consecuencia están obligados, por ellos mismos y por la sociedad, a cumplirlas. Médicos y colaboradores son responsables del protocolo, de que ese protocolo sea científico y que además beneficie a todos aquellos que van a ser usados para experimentar sobre ellos.

III.5. La institución

Esta parecería ser la mera depositaria de las investigaciones y prestataria de servicios a los pacientes. La institución de salud tiene obligación con los enfermos que acuden a ella porque tiene responsabilidades sociales indelegables. Es la que garantiza que los médicos puedan atender, cuidar y curar a los enfermos y que lo hagan eficazmente. Es la que proporciona los medios de llevar a cabo la práctica médica frente a la enfermedad de los pacientes porque la sociedad ha delegado en ella esa responsabilidad y es indiferente si es pública o privada, su obligación, su responsabilidad social, es la misma. Sus responsabilidades no terminan en proporcionar buenas condiciones infraestructurales, técnicas, administrativas, sino que también está obligada moralmente a evaluar los daños y beneficios que un protocolo pueda generar puesto que es la responsable de que sea respetada la vida, la salud, la integridad, la identidad, el honor, la confidencialidad y el bienestar de los pacientes dentro de su espacio. Una institución debe asegurarse que un protocolo tiene un diseño científico, busca beneficiar a los pacientes que ella trata, no tiene intereses ajenos al beneficio de la comunidad, cuenta con investigadores y colaboradores idóneos, está planteado como investigación y no como tratamiento por lo cual la exime de obligaciones económicas con el mismo, excepto que ella lo haya generado. La institución debe asegurarse que no será usada como seguro o como elemento de persuasión por su prestigio o su calidad, y que está en condiciones de hacerse cargo del paciente ante cualquier resultado adverso que la investigación genere. Esto, lo repito, cuenta tanto para instituciones públicas como privadas, puesto que su responsabilidad social es la misma en cuanto están siendo depositarias de experimentaciones que afectan a la salud de la población.

III.6. El patrocinador

Por último, se hará referencia a un agente moral que parece siempre pertenecer a otra galaxia, es decir no formar parte constitutiva de la sociedad, no estar obligado a la solidaridad, no ser responsable por la sociedad ni padecer con sus dolores y sufrimientos: la empresa.

Según está planteado en el imaginario de nuestra cultura, las empresas son privadas. Por consiguiente, no tienen obligaciones públicas y mucho menos deben ser solidarias de los destinos de un pueblo. Es así que se acepta que puedan seguir ganando en una sociedad acosada por el hambre, el sufrimiento o la desgracia, por ejemplo, y se considera que tienen derecho a ello por la libertad de comercio. Este argumento ignora que el comercio se hace con lo producido por la sociedad y que el lucro comercial, cuando no beneficia a los que producen la mercadería a comerciar, es un robo. La actividad comercial, como cualquier otra actividad, depende de las condiciones sociales, es deudora de la sociedad y la compromete moralmente. Si los componentes de una sociedad no trabajan, no producen con intención de comerciar, nada hay para vender y comprar y la actividad comercial desaparece. Es necesario considerar también la legitimidad del derecho a enriquecerse por parte de las empresas a expensas de personas enfermas, como es el caso de todas las que venden tratamientos de salud como las clínicas privadas, o tecnología para la salud: instrumentos, prótesis, o medicamentos, como los laboratorios. Es necesario hacer un planteamiento moral serio que permita establecer si esa actividad no va contra cualquier forma de solidaridad en cuanto que es esencialmente discriminatoria respecto del derecho a la asistencia sanitaria. Esto puede adquirir relevancia a la hora de desarrollar un proyecto de investigación donde el uso de los pacientes puede llegar a considerarse la peor de las explotaciones y vejaciones de una persona, puesto que se usa a personas en estado de indefensión. Si bien el consentimiento de las mismas quita a esta actividad parte de su carácter abusador, no lo hace en definitiva cuando las empresas no asumen sobre sí la responsabilidad por el sujeto sobre el que se habrá de experimentar.

Es oportuno tener en cuenta, a la hora de analizar las responsabilidades que esta tiene, el rol que juega para las empresas actuales la estrategia de marketing. Lo que importa no es tanto responder a la sociedad por las obligaciones que implica la vida solidaria, sino obtener aceptación por parte del público consumidor. El nuevo concepto de empresa no ha dejado de lado la finalidad tradicional de estas instituciones económicas que es el éxito de sus negocios, solo que la asocia con la percepción que adquiere el cliente de su grado de compromiso o involucramiento social. El consumidor debe tener la imagen de que la empresa es un «vecino predilecto» de la comunidad. Por consiguiente, es oportuno destinar recursos para resolver algunos problemas sociales particulares, supliendo el rol de los gobiernos en distintas áreas: mejorando hospitales públicos, comprando aparatos para servicios especializados, creando escuelas, plazas, ámbitos deportivos para la comunidad, etc. Cuanto más visible la acción, más efectiva. Es en razón de esta última premisa que las empresas elijen los modelos o programas que se ajustan con mayor precisión

al objetivo de impactar sobre la comunidad para generar simpatía. De ninguna manera reconoce la empresa que los recursos que se utilizan provienen de la misma comunidad y que mejorar la vida de la gente es una de sus obligaciones. Lo que se hace es presentado como un regalo, como un beneficio nacido de su generosidad. La actitud es todo lo contrario de la solidaridad, es más bien un simulacro de la misma.

Lo lamentable es que no solo las empresas consideran que no tienen obligaciones con la sociedad, sino que los mismos miembros de la misma, cuando razonan que es preferible esta dádiva a nada y que por lo menos algunas empresas mejoran la vida de la comunidad. Esto sucede sobre todo cuando los gobiernos desatienden sus obligaciones generando un círculo vicioso de desigualdades, irresponsabilidades y corrupción. Bradley Googins, académico del Boston College, destaca la necesidad de considerar la relación con la sociedad en el plan de negocio: el concepto va de la preocupación por el personal al cuidado ambiental[23]. Las empresas hacen donaciones, se preocupan por su personal, por el cuidado del ambiente, ¿qué más se les puede pedir? Lo único que se les pide es que sean corresponsables de la vida de la comunidad, como cualquier otro miembro de la misma, del bienestar de la sociedad, que sean solidarias, es decir, que reconozcan su dependencia del estatus de la sociedad y lo compartan. ¿Es esto posible? Está claro que las acciones benéficas de las empresas no tienen un criterio solidario, es un plus que entregan a la sociedad de forma totalmente independiente de su obligación con la misma: consideran que su única responsabilidad es consigo mismas, con la obtención de ganancias. La finalidad de esas acciones no es compartir el destino de los que conviven con ellas. La afirmación de que poco importa el fin si en el camino dejan cosas buenas como obras e incluso la mejora de la economía de una nación, afirmación que solemos escuchar, alimenta una mirada corta tanto para el presente como para el futuro. Se ha visto que el denominado libre comercio, empresas ricas en países pobres, empresas globales que aumentan permanentemente sus ganancias sin considerar la situación económico-social de las sociedades donde llevan a cabo sus transacciones, viene generando destrucción y muerte. Sobran ejemplos de ello. ¿Qué buscan las empresas con esas acciones que podrían ser calificadas de buenas para la sociedad? ¿Por qué se involucran con la comunidad? Lo que están haciendo es usar a la comunidad en su propio beneficio. Googins destaca la necesidad de que las compañías se involucren con la comunidad y sus necesidades como parte de la estrategia para desarrollar sus negocios y esperar buenos resultados. El objetivo es obtener ganancias y para ello pueden usar de las necesidades de las personas, manipular su dolor, camuflar sus intereses

23 Ver Googins, Bradley. *Beyond Good Company: Next Generation Corporate Citizenship.* Ontario: Palgrave Macmillan, 2007.

para que las comunidades piensen que coinciden con los de ellas. Estos últimos objetivos son los observados y rechazados cuando se considera un protocolo de investigación, muchos de los cuales son presentados por empresas comerciales. Estos objetivos no suelen aparecer de manera explícita, la pericia de los que deben juzgarlo pasa por descubrir bajo la máscara de los procedimientos científicos los auténticos intereses de las empresas.

Como ejemplo se puede recordar el famoso caso de Willowbrook, donde se experimentó compulsivamente sobre la hepatitis en niños retrasados de una escuela en Nueva York. Una de las razones con las cuales se justificó, en el protocolo que acompañó la experiencia, el contagio expreso de niños con hepatitis, fue que era mejor para los niños ser contagiados bajo cuidadosas y controladas condiciones de investigación y la supervisión de médicos de excelencia. Los niños necesitados de atención la recibían y de manera excelente a cambio de ser incorporados al protocolo en el que iban a ser enfermados. Esta justificación se escucha hoy día a la hora de convencer a los pacientes con poca o ninguna atención médica de formar parte de un proceso de experimentación con su salud. El hecho de ser controlados periódicamente, de ser bien atendidos, de obtener la medicación, es en muchos casos un elemento decisivo para el paciente. La atención, el control sobre la enfermedad, a la que está obligado un médico responsable, aparece en estos casos como dádiva, regalo, de las empresas responsables de los protocolos. El beneficio del seguimiento y el cuidado no parecen ser responsabilidad de las empresas, sino un beneficio supernumerario que entregan al paciente a cambio de su cuerpo. Es este mismo concepto el que autores como Ruth Macklin utilizan al minimizar la posibilidad de explotación de pacientes en protocolos de investigación al afirmar que no hay explotación mientras se acepten libremente las condiciones que le son ofrecidas al paciente, porque le convienen, o en última instancia se compense su uso con beneficios para la comunidad[24].

Cuando las empresas miden todo con el rasero de las pérdidas y ganancias, su pertenencia a la sociedad no es solidaria, y por consiguiente no es ética, puesto que usan al otro como medio y no como fin. No son agentes morales solidarios y responsables por su propia vida, que es la vida de la comunidad, sino que usan a esta, a sus necesidades, para

24 Ver MACKLIN, Ruth. «Ética de la investigación internacional: el problema de la justicia hacia los países menos desarrollados». *Acta bioética*, X, 1 (2004), pp. 27-35. Ruth Macklin analiza el problema desde el intercambio comercial. Desde allí se pregunta qué debe un laboratorio a un sujeto con el que experimentó y qué debe a una población sobre la que experimentó. Este marco de análisis excluye la solidaridad y transforma las relaciones en contractuales, la justicia depende de la reciprocidad y no de la cooperación. No estamos hablando aquí de las denominadas investigaciones tipo «safari» que son claramente inmorales, sino de la responsabilidad empresarial que va más allá de compensar un daño. Un dato interesante para leer esta postura es que esta autora, como muchos otros, no hablan de experimentación sino de tratamiento. De modo que da la impresión de que cuando se evita desarrollar un protocolo se niega la posibilidad de tratamiento.

«desarrollar sus negocios y esperar sus buenos resultados»[25]. De modo que es esa la motivación de todas sus acciones, incluso la de investigar. En el caso de la investigación, sobre todo farmacológica, el camuflaje de las empresas y de los patrocinadores de investigaciones como beneficiarios de la comunidad se hace mayor, porque se esconden detrás del prestigio de la ciencia. ¿Cómo van a hacer daño a la comunidad los laboratorios si buscan curar a los enfermos? ¿Cómo vamos a pensar que no son solidarios si pagan a investigadores que buscan buenas medicinas? Es necesario exigir a las empresas, del modo que sea más apropiado, que comiencen a pensarse, sentirse y conformarse como parte de la sociedad a que pertenecen. Reclamarles su cuota de responsabilidad solidaria puede implicar muchas medidas de parte de los estados que escuchen los reclamos de la gente, desde disminuir sus ganancias, pasando por la sociabilidad de las patentes, hasta la de ser fuentes de trabajo. ¿Cómo podemos pensar desde la ética una sociedad con empresas ricas y operarios pobres? ¿Empresas florecientes y medio ambiente contaminado? ¿Empresas gananciosas y gente que no accede a sus necesidades básicas en salud que podrían ser cubiertas por las ganancias de esas empresas? Ser solidario significa pertenecer al mismo núcleo social y solo puede ganar una empresa o un empresario si gana la sociedad, solo puede florecer si florece la comunidad. Adoptando una perspectiva solidaria, que es la única que garantiza los derechos, la finalidad del esfuerzo de las empresas y los empresarios variará ciento ochenta grados porque comenzará a preocuparles el bien común, como a cada uno de los miembros de esa sociedad, porque que todos vivan bien significa que cada uno vive bien. La medida del bienestar común debe ser la de los individuos, no en el sentido de suma de los que viven bien, sino en tanto cada uno de los que constituyen una sociedad debe ser imagen prototípica de esa sociedad. En cada uno de los individuos se debe ver realizada la vida comunitaria y el único modo de conseguirlo es que todos los miembros de esa sociedad vivan igualitariamente, gozando auténticamente de los mismos derechos: del derecho a la salud, a la vida, a la buena vida. Respecto de la investigación, las empresas no pueden usar a la ciencia, al Estado, a los comités de ética, a los investigadores, a los colaboradores, a las instituciones, a los pacientes finalmente, para obtener ganancias propias. Todos esos actores están obligados a comprometer a las empresas, a los patrocinadores, a aceptar su responsabilidad social. Y hacer eso no significa hacer una escuela para compensar las muestras de datos genéticos dados por una comunidad, por ejemplo, sino cumplir sus responsabilidades sociales como empresa que realiza procedimientos científicos, en primer lugar, y como empresa que solo está habilitada a hacerlo por la sociedad cuando estos procedimientos solucionen

25 Ver Googins, Bradley. Ob. cit.

problemas de la comunidad. Empresa farmacéutica significa, para una sociedad solidaria, una empresa que se comprometa y que asuma con la sociedad el compromiso de favorecer a la misma con sus investigaciones con fármacos, como primera finalidad.

IV. CONCLUSIÓN

Muchas veces nos preguntamos si el ejercicio de la ética como bioética ayuda a reconocer la urgencia de establecer pautas para la defensa del derecho a la salud o si detrás de un discurso pseudo-ético no se esconde una manipulación de las personas[26]. Podemos remitir aquí a las palabras de Kottow, cuando afirma que, «con algunas notables excepciones, ha sido la tendencia general de investigadores y bioeticistas del primer mundo respetar una ética de máximos para sus propios países y recurrir a argumentos frágiles e impugnables para defender una ética más flexible y reducida, inaceptable en sus países de origen, para la investigación con seres humanos en naciones cuya pobreza los hace susceptibles a explotación y daño»[27].

Precisamente amparándose en los derechos, las grandes empresas que se ocupan de investigación tanto farmacológica como genética argumentan apelando a la libertad de investigación, asegurando que es un derecho del que habla incluso la *Declaración de Bioética y Derechos Humanos*. Y aquí volvemos otra vez a repetirlo, la solidaridad pone límites a la libertad, a toda libertad. Ni la libertad del individuo ni la de la comunidad ni la del estado ni la de las empresas carece de límites y el mayor de todos es el compromiso solidario. ¿Por qué la libertad de investigación debe estar cimentada sobre el daño a la comunidad, al futuro de la comunidad, al presente de la vida de sus integrantes? ¿Por qué las empresas comerciales, las que invierten grandes capitales, deben ser privilegiadas en una sociedad? ¿Por qué debería la sociedad aceptar ser usada como medio para el enriquecimiento de unos pocos?

Favorecer a la comunidad, a la gente que conforma una comunidad, respetar sus derechos, proteger a los más necesitados de cuidado, debe ser obligación de todo miembro de la comunidad. Eso es vivir solidariamente, eso es lo único que garantiza la libertad de todos, la igualdad de todos.

Recibido: 18/07/2012
Aprobado: 15/08/2012

26 Ver Pfeiffer, María Luisa (ed.). *Bioética. ¿Estrategia de dominación para América Latina?* Mar del Plata: Suárez, 2004.

27 Kottow, Miguel. «Conflictos en ética de investigación con seres humanos». *Cadernos de Saúde Pública*. XXI, 3 (2005), pp. 862-869, p. 868.

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 245-257
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Bioética, medicamentos, conflicto de intereses y control de calidad

Bioethics, medicines, interests conflict and quality control

EMILIO LA ROSA RODRÍGUEZ*

Resumen: El artículo analiza la problemática de la publicidad farmacéutica que deforma, exagera o esconde ciertas informaciones (efectos secundarios de los medicamentos), así como la labor de los visitadores médicos, el problema del riesgo medicamentoso, la autorización de comercialización, el acceso a los medicamentos, la practica terapéutica, los conflictos de intereses y el control de calidad en medicina. Estos temas tienen una importancia mayor en salud pública, ya que el no respetar los principios fundamentales de bioética (beneficencia, no maleficencia, autonomía y consentimiento) incide directamente sobre el estado de salud de la población.

Palabras clave: bioética — medicamentos — conflicto de intereses — control de calidad — riesgo — acceso — visitadores médicos — practica terapéutica

Summary: The article analyzes the problems of pharmaceutical advertising that distorts, exaggerates or hides certain information (side effects of drugs), as well as the work of pharmaceutical sales representatives, the problem of drugs' risk, marketing authorization, access to drugs, therapeutic practice, conflicts of interest, and quality control in medicine. These issues have a greater importance in public health; since the lack of respect for the fundamental principles of bioethics (benefit, not harm, autonomy and consent) has a direct impact on the health of the population.

Keywords: bioethics — drugs — conflict of interest — quality control — risk — access – pharmaceutical sales representatives — therapeutic practice

CONTENIDO: I. LOS MEDICAMENTOS.– I.1. LA PUBLICIDAD FARMACÉUTICA.– I.2. LOS VISITADORES MÉDICOS.– I.3. LOS MEDICAMENTOS Y EL RIESGO.– I.4. LA AUTORIZACIÓN DE COMERCIALIZACIÓN Y LAS NUEVAS MOLÉCULAS.– I.5. EL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS.– I.6. LA PRÁCTICA TERAPÉUTICA.– II. LOS CONFLICTOS DE INTERESES.– III. EL CONTROL DE CALIDAD EN MEDICINA.– IV. CONCLUSIÓN.

* Director del «Centre de Recherche et d'Étude Santé et Société», París, Francia; vicepresidente del Comité Internacional de Bioética de la Unesco; médico; doctor en Antropología y Ecología Humana. Correo electrónico: elarosa@free.fr

I. LOS MEDICAMENTOS

I.1. La publicidad farmacéutica

La publicidad farmacéutica viola ciertos principios éticos cuando transmite afirmaciones falsas sobre los fármacos, suprime u olvida informaciones sobre los riesgos y efectos secundarios, proporciona beneficios materiales (viajes, regalos, etcétera) o financieros a los médicos para que los prescriban, y utiliza la información sobre las enfermedades para promover los medicamentos y no para promover la salud[1]. Es evidente que esta situación no es uniforme, sino que ella varía de país en país, con un denominador común: las mayores anomalías se dan en los países en desarrollo.

En 1985, la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una serie de normas para la promoción ética de los medicamentos, pero estos criterios no tienen una obligación legal[2]. Según la OMS, la promoción de medicamentos debe ser precisa, veraz y demostrable, y no debe dar lugar a una utilización incorrecta o implicar riesgos innecesarios. La información sobre los medicamentos dirigida a los profesionales de la salud debe ser compatible con las pruebas y los resultados científicos demostrados y aprobados, y la información proporcionada al paciente debe ser redactada en términos comprensibles y reflejar adecuadamente los conocimientos médico-farmacológicos de acuerdo con las normas éticas[3]. La legislación sanitaria debe tener en cuenta esta problemática, a fin de mejorar dicha información dentro del estricto respeto de los aspectos éticos de la promoción.

En ciertos países europeos[4], la propia industria se autorregula porque los gobiernos no son muy activos para controlar los abusos. En algunos países de Asia, América Latina y África, este tipo de control es aún modesto, a causa de la corrupción y de los malos gobiernos. A pesar de que, tanto a nivel internacional y regional, como nacional, la industria farmacéutica ha establecido normas para hacer frente a estas actividades, en la práctica, las mismas no son aplicadas[5]. Un estudio realizado en siete países europeos (República Checa, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Hungría, Portugal y Eslovenia) pone de manifiesto

1 Ver Consumers International. «La promoción no ética de medicamentos» (http://www.consumidoresint.org/documentos/diamundial/WCRD_briefing_2007_spanish.pdf), 2007.
2 Ver Organisation Mondiale de la Santé. «Critères éthiques applicables à la promotion des médicaments» (http://mednet2.who.int/edmonitor/edition/edm17a.html), 1998.
3 Ibídem.
4 Ver Quick, Jonathan & otros. «Ensuring Ethical Drug Promotion. Whose Responsibility?». *Lancet*, CCCLXII, 9385 (2003), p. 747.
5 Norris, Pauline & otros. «Drug Promotion. What We Know, What We Have Yet to Learn. Reviews of Materials in the WHO/HAI Database on Drug Promotion» (http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js8109e/), 2004.

las deficiencias del sector en la promoción de los medicamentos[6]. Los resultados de esta encuesta muestran lo siguiente:

– Una limitada transparencia en relación con los presupuestos dedicados a la publicidad. De todas las empresas farmacéuticas evaluadas, solamente una envió la información sobre su presupuesto publicitario.

– Nuevas estrategias publicitarias. Como la legislación europea no permite la publicidad dirigida al público de los medicamentos expedidos con receta médica, la industria farmacéutica orienta sus esfuerzos de promoción hacia las asociaciones de pacientes, los estudiantes de medicina y farmacia, los grupos de discusión por Internet, los sitios web sobre medicamentos, los folletos informativos sobre la salud y la enfermedad, y los artículos en revistas.

– Un incumplimiento de las normas sobre la promoción de los medicamentos. El estudio ha identificado una serie de infracciones graves, recientes y reiteradas, a las normas de la publicidad, especialmente en lo que respecta a medicamentos vendidos con receta médica. La actual normativa es insuficiente para prevenir violaciones sistemáticas de dichas normas.

Además, este mismo estudio señala que la industria farmacéutica no respeta sus propias normas de regulación sobre la promoción de los medicamentos, y que el sector farmacéutico no tiene como objetivo el interés de los consumidores, sino la generación de beneficios a través de la maximización de sus ventas. En este sentido, *Consumers International* indica que sin el control de las acciones poco éticas de promoción de los medicamentos, probablemente habrá un incremento del comportamiento irracional relativo a la prescripción, y un mal uso de los medicamentos por parte de los consumidores europeos[7].

I.2. Los visitadores médicos

En Francia, país en donde la reglamentación de la promoción de medicamentos es estricta, los visitadores médicos olvidan mencionar los efectos secundarios del medicamento, y en el 76% de los casos, es el médico el que hace preguntas sobre las contraindicaciones y las interacciones medicamentosas[8]. En un estudio realizado por

6 Ver Consumers International. *La salud patentada. La perspectiva del consumidor sobre la RSE, la promoción de medicamentos y la industria farmacéutica en Europa*. Londres: Consumers International, 2006, pp. 10-11 (http://www.consumersinternational.org/media/286105/salud_patentada.pdf).

7 Ver ibídem, p. 16.

8 Hermange, Marie-Thérèse & Anne-Marie Payet. «Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires sociales sur les conditions de mise sur le marché et de suivi des médicaments» (http://www.senat.fr/rap/r05-382/r05-3820.html), 2006.

la Red del Observatorio de la Visita Médica de la revista *Prescrire*, se pudo constatar que solamente el 5% de médicos recibió la información autorizada sobre un medicamento, y en el 35% de los casos, la información proporcionada a los médicos miembros de la Red del Observatorio de la Visita Médica era diferente a aquella contenida en la Nota autorizada de medicamentos[9]. En realidad, se constató más bien una ampliación de las indicaciones y un aumento de la posología recomendada[10]. El aumento del volumen de venta de un medicamento puede llegar al 30% cuando se hace esfuerzos de promoción a nivel del médico que prescribe[11].

En la mayoría de los países, 80 a 95% de los médicos reciben a los visitadores médicos sin tener en cuenta que la información que proporcionan es excesivamente favorable a los medicamentos[12] y que generalmente no brindan información sobre los efectos secundarios de los fármacos. En resumen, la visita médica propone generalmente una información parcial e incompleta[13]. Además, existe una correlación significativa entre la frecuencia de las visitas y la prescripción irracional, por lo que creemos que este tipo de actividad no contribuye a una mejor atención médica, ya que su única razón de existir es la de vender medicamentos. La información parcializada facilitada a los médicos por la industria farmacéutica debe necesariamente ser equilibrada por otra independiente proporcionada por las autoridades sanitarias a través de mecanismos que permitan el fácil acceso a dicha información por parte del cuerpo médico.

Si la publicidad farmacéutica (incluyendo la visita médica) manipula, esconde o modifica la información sobre los medicamentos, ella está creando las condiciones necesarias para un uso no racional del medicamento. Sin embargo, la responsabilidad referente a la prescripción de medicamentos recae directamente sobre el médico.

I.3. Los medicamentos y el riesgo

En materia de riesgo, no se puede aceptar bajo ningún pretexto que un medicamento siga siendo comercializado si los resultados de los estudios demuestran que dicho medicamento tiene efectos nocivos graves para la salud. Es evidente que dicho fármaco deber ser inmediatamente retirado del mercado en cumplimiento con el principio de no maleficencia señalado en el artículo 4 de la *Declaración*

9 La Nota de medicamentos es un resumen de las características del producto y de las menciones legales. Este documento está destinado al médico.

10 Le Réseau d'observation de la visite médicale. «La visite médicale trompe toujours énormément». *Prescrire*, XXV, 259 (2005), p. 191.

11 Hermange, Marie-Thérèse & Anne-Marie Payet. Ob. cit.

12 Lexchin, Joel. «What Information do Physicians Receive from Pharmaceutical Representatives?». *Canadian Family Physician*, 43 (1997), pp. 941-945.

13 Wazana, Ashley. «Physicians and the Pharmaceutical Industry: Is a Gift Ever Just a Gift?». *Journal of the American Medical Association*, CCLXXXIII, 3 (2000), pp. 373-380.

Universal sobre Bioética y *Derechos Humanos*[14], documento ratificado por el Gobierno peruano. Este principio es un concepto ancestral propuesto por Hipócrates en su famosa frase *Primum non nocere* («Ante todo, no hacer daño»), que preconiza el respeto a la integridad física y psicológica de la vida humana. Este concepto es de gran actualidad en razón del progreso científico y tecnológico que conlleva un cierto riesgo, y por la tendencia a proponer un medicamento (y el riesgo de los efectos secundarios inherentes a todo fármaco) como única alternativa o solución a ciertas situaciones, como son los síntomas banales, los síndromes mal definidos y nebulosos, la medicalización de la vida y los medicamentos de confort (medicamentos para el estilo de vida).

El principio de no maleficencia debe tener en cuenta el respeto del equilibrio daño-beneficio. Cuando este equilibrio se rompe, en razón de un beneficio mínimo o un riesgo elevado, es éticamente inaceptable hacer correr un riesgo inútil a la persona. Fatalmente, esta situación no es rara, los casos más conocidos fueron el del rofecoxib (Vioxx®) y el benflorex (Mediator®). El Vioxx® fue comercializado en 1999 y retirado del mercado en septiembre de 2004 debido a los efectos nocivos graves que provocaba. Sin embargo, sus efectos graves se conocían desde el año 2002. Según un estudio realizado en los Estados Unidos de Norteamérica, el rofecoxib ha causado entre 88 000 y 140 000 casos de enfermedades coronarias. Los pacientes tratados con dicho fármaco presentaron un riesgo coronario multiplicado por 1,34 en relación con aquellos tratados con analgésicos convencionales. Este riesgo se presentaba a partir del tercer mes de tratamiento con el rofecoxib. A pesar de estas afirmaciones, hubo dificultades para publicar los resultados de esta investigación.

En Francia, el benflorex (Mediator®) es un anfetamínico comercializado en 1976 y retirado del mercado en noviembre de 2009. Los primeros indicios de efectos nocivos graves (lesiones graves de las válvulas cardiacas, hipertensión pulmonar) fueron publicados en 1997. Este mismo año, el benflorex fue retirado del mercado norteamericano, sin embargo, continuó su comercialización en otros países, especialmente en Francia. Esta larga comercialización ha provocado una catástrofe sanitaria: 500 a 1000 personas fallecidas a causa de los efectos nocivos graves de dicho medicamento.

La aplicación de los principios de precaución y de no maleficencia hubiesen sido más que suficiente para retirar el benflorex del mercado francés. Sin embargo, «en ningún momento durante este largo período, ningún médico experto de la agencia (de medicamentos) pudo conducir un razonamiento farmacológico adecuado que permita clarificar

14 Unesco. *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* (http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180s.pdf), 2005.

la decisión de las autoridades»[15]. Es decir que los médicos expertos no fueron capaces de realizar un trabajo eficaz y correcto, razón por la cual nos preguntamos si en este caso preciso hubo conflicto de intereses.

I.4. La autorización de comercialización y las nuevas moléculas

Los ensayos clínicos de un nuevo medicamento son requisitos indispensables para obtener la autorización de comercializarlo. Sin embargo, esos ensayos son realizados y financiados por el laboratorio que fabrica dicho medicamento. Muy a menudo, las autoridades sanitarias encargadas de dar dicha autorización no cuentan con ensayos clínicos independientes que le sirvan de referencia para evaluar la calidad y el beneficio terapéutico del nuevo medicamento. En otras palabras, la autorización está basada en la buena fe del laboratorio que puede esconder o manipular la información. Así en el caso del benfluorex, el laboratorio obvió el efecto anfetamínico de dicho medicamento, presentándolo como un medicamento de segunda línea para el tratamiento de la diabetes.

En el último decenio, la industria farmacéutica ha comercializado numerosos medicamentos que no aportan a un verdadero progreso terapéutico para los pacientes[16]. Sin embargo, los precios de esas nuevas moléculas son generalmente dos a tres veces más elevados que los de sus similares que se encuentran en el mercado. Nos preguntamos, ¿cómo es posible poner en el mercado nuevos medicamentos que no representan un progreso terapéutico tangible para los pacientes a precios elevados?

Simplemente porque el principio de libre comercio se aplica también al sector farmacéutico y las autoridades sanitarias no pueden rechazar el pedido de comercialización de un nuevo medicamento, aun si este no posee un beneficio terapéutico superior a los ya existentes en el mercado. Si bien es cierto que no es posible rechazar esta autorización, sí es posible rechazar el precio de venta propuesto por el laboratorio farmacéutico. En otras palabras, si el nuevo medicamento no representa un progreso terapéutico superior a los ya existentes, su precio no debe multiplicarse por dos, tres o cuatro. Otra alternativa consiste en reevaluar la autorización de comercialización del medicamento al cabo de cinco años con la finalidad de hacer un análisis del beneficio-riesgo y del valor terapéutico agregado. Dicho valor terapéutico debe de ser publicado con la finalidad de mejorar la información, base fundamental

15 Bensadon, Anne-Carole & otros. «Enquête sur le Mediator®. Rapport définitif». Inspection générale des affaires sociales RM2011-001P, 2011 (http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000028/0000.pdf).

16 Collectif Europe et Médicament. «Rendre publique la "valeur thérapeutique ajouté des nouveaux médicaments"» (http://www.prescrire.org/docus/valeurAjouteeFr.pdf), 2003.

del consentimiento libre preconizado por el artículo 6.1 de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*[17].

I.5. El acceso a los medicamentos

El principio de justicia defiende la distribución y el acceso equitativo a los recursos sanitarios. El artículo 14.2 inciso «a» de la Declaración Universal reivindica este principio que propicia y defiende «el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano». Sin embargo, estamos aún lejos de satisfacer las necesidades de la población en términos de acceso y de calidad de los medicamentos. Tenemos aún dificultades de acceso por razones geográficas y económicas.

El precio prohibitivo de ciertos medicamentos, sobre todo de los nuevos, es un obstáculo mayor, difícil de resolver en una economía de libre mercado. Sin embargo, el medicamento no es un bien exclusivamente comercial, sino también social y humano, porque participa en la recuperación de la salud y la prevención de la enfermedad individuales y colectivas. Esta dimensión social y humana es más que suficiente para que los insumos médicos, particularmente los medicamentos, sean tratados de forma diferente. En otras palabras, los precios de los medicamentos deben calcularse teniendo en cuenta no solamente el costo de investigación y desarrollo, sino también el beneficio terapéutico para el paciente. Muchas veces los costos de investigación y desarrollo de los nuevos medicamentos son exagerados, porque se incluye en dichos costos la fase 4 de los ensayos clínicos que sirve fundamentalmente para vender el medicamento.

La industria farmacéutica justifica los precios elevados de los medicamentos aduciendo que los costos de investigación y desarrollo son muy altos. En 1993, el *Office of Tecnology Assessment* (organismo creado por el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, y que fue disuelto posteriormente) estimaba el costo promedio de un nuevo medicamento en 802 millones de dólares. Dicho costo incluye los estudios preclínicos, clínicos y los beneficios esperados si el laboratorio farmacéutico hubiera invertido ese capital en otro campo de investigación y desarrollo.

En el año 2006, Jürgen Drews[18] consideraba que el costo promedio de un nuevo medicamento era de 1250 millones de dólares (359 millones de dólares en 1990 y 700 millones en 1997). En Francia,

17 «Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica solo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno».

18 Drews, Jürgen. *In Quest of Tomorrow's Medicines*. Nueva York: Sprinter, 1998.

la revista *Prescrire* señala que el costo más frecuentemente citado es de 802 millones de dólares por medicamento y que aun dicho costo resulta exagerado porque «ha sido estimado por un instituto, en buena parte financiado por las firmas farmacéuticas, a partir de datos confidenciales proporcionados por dichas firmas». La revista agrega que los costos representan en realidad la mitad del monto estimado[19].

En el caso de los medicamentos huérfanos[20], los costos de investigación son mucho más bajos. ¿A qué se debe esta diferencia? Como explicamos anteriormente, una de las razones reside en el hecho de que parte del financiamiento de la promoción del medicamento (la llamada fase 4 de los ensayos clínicos) es contabilizada en la rúbrica de «costos de investigación y desarrollo». Muy a menudo, la llamada fase 4 tiene como objetivo principal incitar y habituar al médico que evalúa el nuevo medicamento a prescribirlo. Los medicamentos huérfanos no necesitan campañas de promoción sumamente costosas porque sus posibles «clientes» son limitados. Por el contrario, los nuevos medicamentos necesitan campañas de promoción muy onerosas para poder imponerse en el mercado, más aun si esos nuevos medicamentos poseen un modesto avance terapéutico.

I.6. La practica terapéutica

Desde el punto de vista ético, la práctica terapéutica debe guiarse por los principios fundamentales de beneficencia, de no maleficencia, de autonomía, de consentimiento y de justicia. La noción de beneficencia aplicada a los medicamentos supone que todo tratamiento debería potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, tratando de reducir lo más posible el riesgo de efectos nocivos[21]. Sin embargo, los medicamentos pueden producir efectos adversos.

El principio de autonomía defiende el deber de respetar la autodeterminación del paciente. Este concepto es dependiente del consentimiento informado, ya que el paciente no podrá tomar una decisión justa y eficaz si no ha recibido la información adecuada y necesaria. En un gran número de países, esta práctica no está desarrollada y los pacientes no son informados por los profesionales de salud sobre los efectos nocivos de los medicamentos. Además, estos efectos son sistemáticamente ocultados por los visitadores médicos, y en algunos casos, las propias firmas farmacéuticas disimulan durante un cierto tiempo los efectos nocivos graves de ciertos medicamentos.

19 «Coût de recherche et développement du médicament: la grande illusion». *Prescrire*, XXIII, 244 (2003), pp. 782-787.

20 Los medicamentos huérfanos son aquellos utilizados para el tratamiento de enfermedades cuyo número de pacientes es menor de 200 000.

21 Artículo 4 de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, adoptada por la Conferencia General de la Unesco, octubre de 2005.

Este período de tiempo puede ser trágico para un cierto número de pacientes como fue el caso del benfluorex, que fue retirado del mercado en 2009, seis años después de una publicación científica española que señalaba la asociación entre el benfluorex y la aparición de lesiones valvulares cardiacas[22].

II. LOS CONFLICTOS DE INTERESES

El conflicto de intereses[23] se define como un conjunto de condiciones y circunstancias que pueden influenciar indebidamente el juicio profesional con relación al interés primario (bienestar y tratamiento del paciente, validez de la investigación) por un interés secundario (provecho económico, afán de notoriedad, prestigio, reconocimiento y promoción profesional). El conflicto de intereses se refiere sobre todo a una «situación» y no necesariamente a un «comportamiento». Por esta razón, difiere esencialmente de la «falta científica» (plagio, invención o distorsión de resultados, publicaciones redundantes, etcétera), la cual afecta la seriedad y calidad científica.

El principal interés de un profesional de la salud es actuar por el bien de las personas y la comunidad a la que sirve. El interés secundario frecuentemente no tiene ninguna relación con la misión fundamental del profesional. Este es generalmente el producto de un enfrentamiento entre diversas presiones, ya que dicho profesional puede estar confrontado a un conflicto de intereses de naturaleza política, académica, religiosa o personal. Sin embargo, muy a menudo el interés secundario es de naturaleza financiera[24].

Existe pues, conflicto de intereses cuando una persona tiene la obligación moral de actuar en nombre de otros y esta acción se ve comprometida por los estrechos vínculos que tiene con un tercero.

En los países donde no existen reglamentos sobre el tema, los conflictos de intereses en materia biomédica pueden ser de diversas formas[25]:

- regalos directos e indirectos;
- patrocinio de actividades culturales y científicas;
- formación continuada (seminarios, mesas redondas, conferencias) financiada por la industria farmacéutica;
- posesión de acciones o títulos financieros;

22 Rafel Ribera, Josefa & otros. «Valvulopatía cardíaca asociada al uso de benfluorex». *Revista Española de Cardiología*, LVI, 2 (2003), pp. 215-216.
23 Thompson, Dennis. «Understanding Financial Conflicts of Interest». *The New England Journal of Medicine*, CCCXXIX, 8 (1993), pp. 573-576.
24 La Rosa, Emilio. *La fabricación de nuevas patologías: de la salud a la enfermedad*. Lima: FCE, 2009.
25 Moynihan, Ray. «Who Pays for the Pizza? Redefining the Relationships between Doctors and Drug Companies. 1: Entanglement». *BMJ*, CCCXXVI, 7400 (2003), pp. 1189-1192.

- investigación financiada por la industria farmacéutica;
- financiamiento de cátedras académicas o de asociaciones de profesionales;
- actividades de consultor;
- redacción por parte de terceros de artículos «científicos».

La costumbre de los regalos no solo está muy extendida en muchos países, sino que también es considerada como «normal», debido a que se encuentra muy anclada en la vida profesional, sin permitir ningún tipo de cuestionamiento. Así pues, un porcentaje significativo de médicos que reciben regalos de las empresas farmacéuticas niega su influencia, a pesar de las evidencias que demuestran lo contrario[26].

Las cenas y los viajes para asistir a conferencias, congresos, simposios y coloquios son prácticas comunes en muchos países. Sin embargo, se sabe que dichas prácticas influencian y aumentan la prescripción de medicamentos pertenecientes al laboratorio que financia esas actividades[27]. Este tipo de práctica también es considerado normal, a tal punto que la mayoría de médicos desean y esperan que las empresas farmacéuticas patrocinen sus reuniones de formación permanente[28].

De la misma manera, muchas sociedades médico-científicas dependen, para la publicación de sus revistas y suplementos, del patrocinio y de la ayuda financiera de la industria[29]. Esta ayuda se da generalmente a través de la publicidad farmacéutica que dichas revistas insertan en sus páginas[30]. Este tipo de dependencia tiene generalmente algunas consecuencias, tal como lo precisa Lisa Bero, se ha demostrado que los suplementos de las revistas que están patrocinadas por la industria farmacéutica tienden a hacer más promoción a sus patrocinadores en comparación con otros suplementos que no se benefician de este tipo de ayuda[31].

Dar o recibir regalos tiene un significado preciso y un carácter muy importante en muchas culturas, incluso un regalo insignificante exige lealtad y amistad[32]. Ciertos estudios sobre la toma de decisiones

26 Wazana, Ashley. Ob. cit. Ha sido demostrada una correlación y una interacción entre las acciones de comunicación y marketing farmacéutico y las preferencias de los médicos con relación a los nuevos medicamentos (que no han demostrado una ventaja o beneficio adicional con respecto a los medicamentos existentes), que se traduce en una disminución de la prescripción de genéricos y en el aumento de los gastos en medicamentos.

27 Lexchin, Joel. «Interactions between Physicians and the Pharmaceutical Industry: What Does the Literature Say?» *Canadian Medical Association Journal*, CXLIX, 10 (1993), pp. 1401-1407.

28 Ibídem.

29 Ver Moynihan, Ray. Ob. cit.

30 Smith, R. «Medical Journals and Pharmaceutical Companies: Uneasy Bedfellows». *BMJ*, CCCXXVI (2003), pp. 1202-1205.

31 Bero, Lisa & otros. «The Publication of Sponsored Symposiums in Medical Journals». *The New England Journal of Medicine*. CCCXXVII (1992), pp. 1135-1140.

32 Krimsky, Sheldon. «Small Gifts, Conflicts of Interest, and the Zero-Tolerance Threshold in Medicine». *The American Journal of Bioethics*, III, 3 (2003), pp. 50-52. Katz, Dana & otros. «All Gifts Large and

muestran que el interés personal afecta el proceso de reflexión. Cuando los investigadores solicitan a las personas que expliquen la falta de objetividad, estas afirman que ninguna recompensa los hará perder su objetividad. Por el contrario, sus adversarios serían mucho más influenciables. En realidad, da la impresión que las personas encuestadas han subestimado considerablemente su pérdida de objetividad.

Dichos trabajos muestran también que esos mecanismos son inconscientes e indirectos. El interés personal modifica la forma en que los individuos buscan y analizan la información[33] y los médicos e investigadores no son inmunes a este tipo de reacción. Así, por ejemplo, los internos y residentes de un hospital que participaron en eventos científicos organizados o patrocinados por un laboratorio farmacéutico tuvieron una mayor predisposición para prescribir medicamentos comercializados por el patrocinador, en comparación con aquellos que no asistieron a dichos eventos. Un estudio muestra que de los veinte médicos que asistieron a seminarios organizados por dos empresas farmacéuticas, diecinueve afirmaron antes de los seminarios que esas actividades no modificarían sus métodos de trabajo. Sin embargo, se constató, después de los seminarios, que dichos médicos prescribían con mayor frecuencia los medicamentos fabricados por esas empresas.

Los investigadores concluyen que cualquier medida para controlar la influencia de las compañías farmacéuticas (limitar los regalos, sensibilizar a los médicos u obligarlos a declarar cualquier regalo recibido) está condenada al fracaso porque se basa en un modelo falso del comportamiento humano. Su conclusión es simple: hay que prohibir todo tipo de regalos que la industria farmacéutica ofrece a los médicos[34]. En algunos países estos regalos son considerados como casos de corrupción[35].

Un documento de la Organización Mundial de la Salud subraya que: «Las empresas se enfrentan a una enorme presión para ganar y retener una parte del mercado»[36] creando un conflicto de intereses inmanente entre los fines comerciales legítimos de esas empresas y las necesidades médicas, económicas y sociales de los proveedores de salud y del público.

El concepto de conflicto de intereses no es sinónimo de juicio sobre la honestidad de la persona, sino que expresa más bien una injerencia latente. Por cierto, a menudo es difícil o imposible detectar una influencia

Small: Toward an Understanding of Pharmaceutical Industry Gift-Giving». *The American Journal of Bioethics*. III, 3 (2003), pp. 39-46.

33 Dana, Jason & George Lowestein, «A Social Science Perspective on Gifts to Physicians from Industry». *The Journal of the American Medical Association*, CCXC, 2 (2003), pp. 252-255.

34 Ibídem.

35 Turone, Fabio. «Italian Police Investigate GSK Italy for Bribery». *BMJ*, CCCXXVI (2003), p. 413.

36 WHO, Clinical pharmacological evaluation in drug control, Copenhagen, WHO, 1993 (EUR/ICP/DSE 173).

nefasta[37]. La magnitud actual de las interacciones entre el médico y la industria farmacéutica afectan la prescripción y el comportamiento profesional[38]; esta situación debe ser tratada con seriedad por los gobiernos, los profesionales y las sociedades científicas.

III. EL CONTROL DE CALIDAD EN MEDICINA

El principio de no maleficencia exige que los profesionales y las autoridades de salud deben crear las condiciones adecuadas para evitar errores que puedan perjudicar al paciente no solamente en materia de tratamiento, sino también de los procedimientos diagnósticos. Dentro de estos procedimientos se encuentran los exámenes de laboratorio y radiológicos. En este sentido, es necesario señalar que en el Perú no existe aún un control de calidad sistemático, periódico, obligatorio e independiente de los laboratorios de exámenes biológicos ni de la radiología. En el caso de los laboratorios, la ausencia de control de calidad que cumpla los requisitos ya mencionados puede generar un aumento del número de resultados falsos. Es decir, un paciente puede ser diagnosticado de una anomalía inexistente (falso positivo) o no ser diagnosticado de un problema existente (falso negativo). En el primer caso, el paciente recibirá un tratamiento por una enfermedad inexistente y en el segundo caso la persona será declarada sana cuando en realidad presenta una anomalía. Ambas posibilidades son perjudiciales para el paciente y son contrarias al principio fundamental de no maleficencia.

Lo mismo podemos decir en relación con la falta de control de calidad de la radiología y de los aparatos de radioterapia. Esta carencia puede ser grave cuando se trata del diagnóstico y/o tratamiento de ciertas enfermedades malignas, como puede ser el del cáncer de mama: un mamógrafo que no es sometido a un control sistemático y periódico corre el riesgo de no detectar tumores de pequeña talla (diámetro inferior a diez milímetros), perdiendo una oportunidad crucial de diagnóstico y tratamiento exitoso, en la medida en que generalmente los tumores pequeños no dan metástasis, es decir, están localizados. Este tipo de tumores tiene un porcentaje muy elevado de curación luego del tratamiento quirúrgico.

IV. CONCLUSIÓN

Es importante que la publicidad farmacéutica sea contrabalanceada por un programa público de información en materia de medicamentos que sea de fácil acceso para los médicos.

37 THOMPSON, Dennis. Ob. cit.
38 WAZANA, Ashley. Ob. cit.

En pos del beneficio terapéutico, de manera semejante, los médicos deberían privilegiar los medicamentos existentes y no los nuevos, debido a dos elementos esenciales: el farmacológico, el medicamento existente posee una mayor y mejor fármaco-vigilancia que el nuevo; el económico, el fármaco existente tiene un precio considerablemente menor que el nuevo.

Hay conflicto de interés cuando la industria farmacéutica financia congresos, conferencias, viajes, regalos, etcétera, a los médicos y estos conflictos son contrarios a los principios elementales de ética médica.

Las autoridades sanitarias deberían crear las condiciones necesarias para poner en práctica un control obligatorio, sistemático y periódico de los laboratorios clínicos y de los centros de radiología y radioterapia.

Recibido: 02/08/2012
Aprobado: 22/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 259-279
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de beneficios

Traditional knowledge and legal regime of access and benefits distribution

TEODORA ZAMUDIO*

Resumen: La ponencia pone en evidencia los intereses entorno al acceso a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales y marca la necesidad de definir los institutos en juego para dar una respuesta legal eficiente en el marco político, científico y económico. Pasa revista, críticamente, a los conceptos que han sido desarrollados entorno de la temática en los ámbitos internacionales, regionales y locales, y desarrolla la tesis de la aplicación del derecho consuetudinario en especial en lo atinente al consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios. Sin desdeñar el tratamiento de los conflictos planteados, y los que se avizoran en un inminente futuro, se abordan las implicaciones y escenarios en los que la determinación de los Estados y de los organismos internacionales han de enfrentar en la materia.

***Palabras clave*:** conocimientos tradicionales – derecho consuetudinario – comunidades indígenas – biodiversidad

Summary: This work highlights interests around traditional knowledge access of local and indigenous communities stressing the need to establish institutions involved in order to give an efficient legal answer within the political, scientific and economic framework. The author critically reviews ideas developed about this issue among international, regional and local spheres formulating the thesis of application of customary law, in particular about prior informed consent and benefits-sharing. Without disregard present conflicts management and those envisaged in the near future, implications and scenarios where State and international organizations determination must face this subject are addressed.

Keywords: traditional knowledge – customary law – indigenous communities – biodiversity

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DEFINICIONES Y OBJETIVOS.– III. ACCESO A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES. PERTINENCIA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO PARA SU REGULACIÓN.– IV. CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO.– V. CONDICIONES ACTUALES DE SU PROTECCIÓN LEGAL.

* Doctora en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Programa de Posgrado en Propiedad Intelectual/Industrial y Mercado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora de *Cuadernos de Bioética* (Argentina). Presidente del Programa Panamericano de Desarrollo y Defensa de la Diversidad biológica, cultural y social —ProDiversitas—.

I. INTRODUCCIÓN

> Quizás lo más importante que ha de ser rescatado de la historia de la naturaleza sea su dinámica: la combinación y recombinación de ingredientes, eso es la biodiversidad, la eterna posibilidad de renovarse para dar —en cualquier contexto— una nueva respuesta al viejo drama de la vida. En esa historia lo más valioso que el hombre ha logrado es el talento para «leer» en la naturaleza, su riqueza; y «pintar» en ella, su destino[1].

Conservar la biodiversidad es conservar no solo sus elementos, sino más bien la aptitud de estos —su inclinación— para recombinarse ante el desafío ambiental y, por ello, fundar un nuevo escenario, cada vez más lúcido, cada vez más sofisticado, cada vez más fuerte, porque contiene desde antes, desde siempre, esa capacidad y no porque la innovación supere esencialmente lo que ya es, sino porque el *continuum* solo posibilita su aparición o expresión evidente, el recuerdo de lo olvidado. Quizás el único elemento irrepetible y esencial de esa biodiversidad que se intenta desesperadamente proteger y conservar, sea —por lejos— el hombre mismo, su destreza para «cultivarla»… y son esas «culturas», que han conservado una íntima relación con la naturaleza, las que pueden hoy enseñarnos a hablar con ella, a entablar un diálogo del que no solo se extraigan secretos comerciales y científicos, sino la sabiduría necesaria para vivir en ella y con nosotros mismos.

No obstante que la cuestión aparece vital y sin posibles disensos, se ha considerado necesario fijar reglas, establecer categorías y precisar términos. Ha prevalecido —persiguiendo claridad y honestidad— el criterio de «[…] cambiar la práctica de "hacer amigos" por la de "firmar contratos", tan apreciados por los occidentales bien intencionados»[2]. Así las cosas, el intento de definir el conocimiento tradicional como categoría jurídica —y por tanto, vinculante para su consideración política y económica— se viene dando simultáneamente en diferentes escenarios y niveles.

Las discusiones que intentan superar las llamadas «desigualdades fundamentales» entre los actores de las transacciones de acceso a los conocimientos tradicionales puntualizan que un régimen socialmente responsable para implementar un proceso de construcción de definiciones sobre los derechos de propiedad sobre tales conocimientos,

1 ZAMUDIO, Teodora. «The Convention on Biological Diversity in Latin America». En SCOVAZZI, Tullio (ed.). *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*. Milán: Giuffré, 2001.

2 La frase corresponde a Jorge Ishizawa, PRATEC, reproducida por MULLIGAN, Shane. «For Whose Benefit? Limits to Sharing in the Bioprospecting Regime». *Environmental Politics*, VIII, 4 (1999), pp. 35-65.

de diseño, desarrollo y puesta en práctica, solo podrá darse con la amplia participación de los grupos y comunidades indígenas y locales[3].

Por otra parte, más allá de que su regulación es considerada ora un aspecto de la soberanía de los Estados, ora una condición para la negociación de un activo cuyo intercambio no debería variar de otros supeditados a la libre voluntad de sus titulares; los líderes indígenas consideran la disposición de este recurso como un aspecto de su autodeterminación y un reconocimiento a sus derechos fundamentales sobre su propiedad y su cultura. Por lo tanto, mientras los gobiernos intentan conservar el tema bajo la égida de sus incumbencias internas y los investigadores, acceder a estos saberes mediante las reglas comunes del mercado de bienes; los grupos indígenas intentan expandir, ampliar el discurso para así incluir sus intereses y expectativas puestas en la readquisición del control sobre sus territorios, recursos y herencias culturales[4].

«Lo que aquí está en juego es más una determinación socio-política que un derecho patrimonial»[5], el que en definitiva mucho puede costar balancear, en algunos casos, cuando tan diferentes temperamentos, trasfondos e intereses se ponen en juego. Reconociendo lo parcial e, incluso, exiguo, este trabajo se centrará en esas relaciones y en pasar revista al estado del debate en los ámbitos, internacional y nacional, más relevantes o desarrollados hasta el momento.

II. DEFINICIONES Y OBJETIVOS

> Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes[6].

Hace casi dos décadas se apuntó que la ya entonces creciente atención prestada a los conocimientos tradicionales reflejaba la ampliación de los objetivos entorno del tema y, por ende, ello se tradujo en la necesidad de aclarar la terminología tanto para *identificar* la materia para la que se

3 Conclusiones extraídas del «Informe del Multistakeholder Dialogue on Trade, Intellectual Property and Biological and Genetic Resources in Latin America, Cusco, Peru, 2001, pp. 22-24 (www.ictsd.org/dialogueweb/texts/report2.htm).

4 Bratspies, Rebecca. «The New Discovery Doctrine: Some Thoughts on Property Rights and Traditional Knowledge». *American Indian Law Review*, XXXI, 2 (2006/2007), pp. 315-340.

5 Rodríguez Zeballos, Alberto. Co-autor del borrador de Ley de Derechos Colectivos (para Bolivia). Extraído de la entrevista realizada por Giovanna Tassi para el programa Cabina Pública de Radio Nacional de Ecuador, Quito, Ecuador (abril, 29 de 2010).

6 Convenio sobre la Diversidad Biológica. Considerando décimo segundo del Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado en Río de Janeiro (Brasil), el 5 de junio de 1992.

deseaba protección, como para aclarar la pertinencia y la función de la propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales[7].

Entre otras, se los caracterizó como medicina tradicional[8]; expresión cultural[9]; patrimonio indígena[10], etcétera. Si bien los términos resultan —más o menos— apropiados de acuerdo con algunas (de las numerosas) perspectivas que muestran la diversidad de grupos interesados y preocupaciones político-económicos, el proceso de escoger una definición que goce de unanimidad político-académica parecería menos significativo que determinar la materia protegible que debería abarcar el término y la forma de protección que se desearía conceder[11]. No obstante, una tarea no podría andar mucho camino sin cumplimentar la otra, u ocasionar efectos —por defecto— de importancia práctica.

Más allá de los conceptos doctrinarios ensayados en los *fora* internacionales, quizás la primera enunciación suficientemente concisa y vertebrada de los conocimientos tradicionales fue adoptada por la Cuarta Conferencia de las Partes (COP4) de la Convención de Lucha contra la Desertificación (ICCD por sus siglas en inglés, International Convention to Combat Desertification) que los caracterizó como aquellos que:

> […] constan de conocimientos prácticos (operacionales) y normativos (facilitadores) acerca del entorno ecológico, socio-económico y cultural. Los conocimientos tradicionales se centran en las personas (son

7 World Intellectual Property Organization. Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. *Third Session. Traditional Knowledge. Operational Terms and Definitions*. Ginebra, 2002, §§ 17 ss. (en adelante citado como WIPO/GRTKF/IC/3/9).

8 «[...] se entenderá por "medicina tradicional" el conjunto de conocimientos, habilidades y prácticas basadas en teorías, creencias y experiencias indígenas de distintas culturas, que, pudiendo explicarse o no, se utilizan para preservar la salud, y para la prevención, el diagnóstico, el mejoramiento o el tratamiento de las enfermedades físicas y mentales. En algunos países, las expresiones medicina complementaria/alternativa/no convencional se utilizan en forma indistinta con la de medicina tradicional» (World Health Organization. *General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine*. Ginebra, 2000 (WHO/EDM/TRM/2000). Reproducido en WIPO/GRTKF/IC/3/9 § 18).

9 «[...] la cultura tradicional y popular es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes» (recomendación de la Unesco sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, 1989. Reproducido en WIPO/GRTKF/IC/3/9 § 18).

10 «[…] el patrimonio de los pueblos indígenas incluye […] todo tipo de trabajos literarios y artísticos, tales como danzas, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narraciones y poesía y todas las formas de documentación sobre los pueblos indígenas; todo tipo de conocimientos científico, agrícola, técnico, medicinal, relacionado con la diversidad biológica y ecológico, incluyendo innovaciones basadas en dichos conocimientos, cultivos, remedios, medicinas y el uso racional de flora y fauna; restos humanos; propiedades culturales inmuebles, tales como lugares sagrados, sitios de significación cultural, natural e histórica y sitios funerarios» (Daes, Irene-Erica. «Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples». United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (E/CN.4/Sub.2/1995/26, según lo revisado en E/CN.4/Sub.2/2000./26), § 13. Reproducido en WIPO/GRTKF/IC/3/9 § 18, nota 22).

11 WIPO/GRTKF/IC/3/9 § 22.

> generados y transmitidos por personas en su condición de protagonistas conocedores, competentes y con derecho a ello), son sistémicos (intersectoriales y holísticos), experimentales (empíricos y prácticos), se transmiten de una generación a la siguiente y tienen un valor cultural. Este tipo de conocimientos promueve la diversidad; asigna valor a los recursos locales (internos) y los reproduce[12].

Y, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) agregó «[…] cuando su empleo tiene resultados exitosos y confiere a sus usuarios una ventaja tecnológica o comercial […]»[13]. Frente a estos conceptos, cabría hacer dos acotaciones iniciales, en el contexto del presente trabajo.

A la definición de la ICCD, que podría ser considerada la más precisa y clara de las generadas en este tipo de documentos jurídico-políticos, se le debería excluir la referencia a los *entornos social, económico y cultural*, toda vez que el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) solo alude a los «[…] conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la *conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica* […]»[14]. Esta referencia puntual es la mantenida en los documentos de los trabajos generados en el proceso del Convenio sobre la Diversidad Biológica; sin embargo, en el terreno concreto se debe admitir lo difícil que es dislocar y discriminar —de las demás expresiones— los saberes y las prácticas tradicionales, dado lo holístico de estos[15].

En cuanto al concepto incluido por la OMPI (referido al valor comercial y tecnológico), el detalle no es menor pues, específicamente y desde un punto de vista legal, brinda al instituto un elemento económico definitorio y, por ende, crematísticamente mensurable, cuya pertinencia e importancia no se cuestionan; pues justamente, el interés de los investigadores en acceder a los conocimientos

12 United Nations Convention to Combat Desertification. «Traditional Knowledge». Conference of the Parties. Committee on Science and Technology. Fourth Session (ICCD/COP(4)/CST/2). Bonn, 2000, § 30. Ver también «Early Warning Systems». Conference of the Parties. Committee on Science and Technology. Third Session (ICCD/COP(3)/CST/3), Recife, 1999.

13 World Intellectual Property Organization. Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. *Seventh Session. Protection of Traditional Knowledge: Overview of Policy Objectives and Core Principles* (WIPO/GRTKF/IC/7/5). Ginebra, 2004, principio B.1, § 3; y *Eigth Session. The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles* (WOPI/GRTKF/IC/8/5). Ginebra, 2005, § 1.3 (iv).

14 Las cursivas son nuestras. Artículo 8. Conservación *in situ* del Convenio sobre la Diversidad Biológica. «Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: […] j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente […]».

15 Daes, Irene-Erica. Ob. cit.

tradicionales es significativo por la enorme reducción —en tiempo y en costos— que la guía de tales conocimientos proporciona[16]. Pero —a fuer de ser puristas— resultarían excluidos los conocimientos «sagrados» que, por su naturaleza y esencia, quedan fuera de comercio[17] y, por lo tanto, la protección jurídica no debería asignar sobre ellos un título de propiedad (concepto netamente económico), sino más bien debería imponer una «veda» al acceso, a su apropiación e, incluso, a su difusión más amplia (esto último claramente contrario a la letra y el espíritu del CDB).

Lo cierto es que ni las mencionadas definiciones, ni ninguna otra intentada, en torno de los conocimientos tradicionales (relacionados con los recursos biológicos) parecería poder incorporar cabalmente la cosmovisión indígena o sus metas más importantes y relevantes; como tampoco se ha podido enunciar las preocupaciones de los poseedores de conocimientos tradicionales o —por lo menos— no de todos ellos.

No creo que, como se ha resumido[18], estas sean *cuestiones de equidad* (como contemplación hacia los encargados de custodiar los conocimientos tradicionales, ellos deberían recibir una compensación justa si de estos conocimientos se deriva un beneficio comercial); ni *cuestiones de conservación* (por la contribución de los conocimientos tradicionales al objetivo más amplio de preservar el medio ambiente); tampoco el de *hacer de sus prácticas sostenibles* (en especial, agrícolas) un *uso más extendido y difundido*; ni crear un *sistema de protección contra el uso no autorizado*… Estas razones no atienden más que a percepciones unilaterales (de los interesados en acceder al saber tradicional) o, en el mejor de los casos, tienen a la vista exposiciones gubernamentales articuladas en aquellas regiones donde los proveedores han alcanzado un grado de aculturación que les permite hacer suyos los patrones de intercambio de mercado[19] y las metas ecológicas occidentales.

La calzada de las definiciones se torna aun más sombría al intentar fijar sus alcances operativos. Cualquier ejemplo permite advertir cuan ingenuos e insuficientes pueden ser los empeños realizados.

16 Se ha dicho que cuando una investigación se hace al azar, debe hacerse un análisis de unas diez mil muestras para encontrar una que sea susceptible de entrar en el mercado (y se calcula que un laboratorio moderno puede analizar ciento cincuenta mil muestras por año). No obstante cuanto un especialista indígena es consultado, las oportunidades de encontrar una molécula pasa a uno sobre dos (DE LA CRUZ, Rodrigo. Visión de los Pueblos Indígenas en el contexto de las decisiones sobre ABS y 8(j): Impacto de las decisiones de la CDB/COP sobre el mandato de la IGC de la OMPI. En *Policy and Global Change Series. Trade and Biodiversity*, (2004)).

17 Debiendo ser excluidos de la difusión que, tanto el CDB (verel artículo 8, inciso j) del Convenio), como cualquier modo de la propiedad intelectual, promueven (WIPO/GRTKF/IC/3/9, § 12).

18 CORREA, Carlos. *Traditional Knowledge and Intellectual Property*. Ginebra: The Quaker United Nations Office, 2001 (http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Discussion/Traditional-Knowledge-IP-English.pdf).

19 Imaginarse a un chamán de un remoto lugar —aun quedan— de la selva recibiendo miles o millones de dólares o euros por su conocimiento puede ser una imagen extraña, pero más nos golpearía pensar en el uso que el sabio hombre le daría a ese montón de papeles… podría, como alguien sugirió, «dejar el oficio de chamán y mudarse a vivir en una gran ciudad».

Por una parte, la definición vinculante[20] contenida en el CDB está referida exclusivamente a los *conocimientos que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica*, por lo que se debe establecer cuál es el grado de asociación o de relación a partir del que un conocimiento va a ser considerado «protegido» por la consecuente definición de tales conocimientos, que podría no abarcar a todos ellos (¿quedarían excluidas las canciones, los diseños, etcétera?). Los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos biológicos están íntimamente relacionados con formas tradicionales de vida y prácticas consuetudinarias. Las formas de la diversidad biológica (genes, especies, ecosistemas) y las de la diversidad cultural (lenguaje, etnicidad, religión, etcétera) están agnadas, son interdependientes y evolucionan juntas[21]. Por ello ha sido enfatizada la importancia de las prácticas socioculturales (en especial del lenguaje) en la retención del conocimiento sobre el entorno ambiental como proveedor de la llave para explicar los divergentes caminos por los cuales el medio ambiente influencia y penetra en las sociedades humanas y viceversa[22]. Como ya se dijo, los conocimientos son holísticos y difícilmente puedan escindirse sus variadas expresiones; al menos no, si lo que se está persiguiendo es una interface de negociación entre proveedores y receptores[23] y asegurar su conservación.

20 Al menos para las 192 entidades político-administrativas que ratificaron el CDB; esto es, los 191 países y la Unión Europea.

21 Zent, Stanford. «Traditional Environmental Language, Knowledge, Practice, and Biodiversity in Venezuela: Looking at Linkages, Transmission Processes, Current Trends, and Conservation Actions». En Local and Indigenous Knowledge Systems. *Safeguarding the Transmission of Local and Indigenous Knowledge of Nature. Session 2. Indigenous Knowledge Transmission: Characteristics, Threats and Challenges*. Unesco, 2005. Más aun, usando un consenso matemático y un análisis de regresión lineal, se ha determinado que (a) hay un patrón de drástico declive del conocimiento etnobotánico con la edad entre los individuos por debajo de los treinta años; (b) las variables sociales de bilingüismo y educación formal fueron también observadas como una condición negativa que afectaba el conocimiento etnobotánico. Ver también del mismo autor «Acculturation and Ethnobotanical Knowledge Loss Among the Piaroa of Venezuela: Demonstration of a Quantitative Method for the Empirical Study of TEK Change». En Maffi, Luisa (ed.). *On Bio-Cultural Diversity: Linking Language, Knowledge, and the Environment*. Washington D.C.: Smithsonian Institution Press, 2001, pp. 190-211.

22 La literatura sobre el tema apunta que ejemplos bien documentados de tal interpenetración y las posibles relaciones y sus efectos son relativamente pocos y limitados. Así, el mismo autor citado en la nota anterior ha afirmado recientemente una nueva tesis que postula que «la erosión del conocimiento tradicional ambiental no es necesaria e inevitablemente producida por los procesos de modernización y por el contrario se enfatizan el papel de la transmisión intergeneracional de dicho conocimiento como medio de protección y conservación de la diversidad biocultural a través del tiempo» (Zent, Stanford. «Traditional Ecological Knowledge (TEK) and Biocultural Diversity: a Close-up Look at Linkages, De-learning Trends & Changing Patterns of Transmission». En Bates, Peter & otros (eds.). *Learning and Knowing in Indigenous Societies Today*. París: Unesco, 2009, la traducción es nuestra.

23 Imagínese que después de arrancar una hoja de un árbol determinado, el chamán la quiebra y la deja reposar sobre una piedra cercana mientras canta y baila rítmicamente a su alrededor, luego toma la hoja y la exprime sobre el ojo del dolido paciente. ¿Cuál es el conocimiento que se considerará «asociado» y por ello «comprendido en la norma? (a) El que conduce a la variedad que contiene el principio activo; (b) el del tiempo de exposición a la recombinación del principio con los microorganismos del ambiente; (c) el de la administración para evitar efectos adversos en el tracto digestivo y acortar el tiempo de llegada a los centros que registran el dolor. El ejemplo es propio, pero la idea surge de un caso expuesto por Russo respecto del uso dado a la *Psychotria sp. Rubiaceae* entre los machiguenga (Russo, Ethan. «The Plants of the Machiguenga» (http://manu.montana.com/plants.html).

En las sinuosidades del tema aún pueden plantearse más disquisiciones. Debería tratarse si solo quedarían comprendidos los conocimientos directamente vinculados al recurso genético[24]; o los vinculados con el resultado o uso que, finalmente, se dé al recurso o principio activo[25]. En este último orden de ideas quedaría incluido (o excluido) el conocimiento tradicional que no tiene registro del uso que finalmente se daría al recurso genético, pero que «alertaría» sobre la existencia de un principio activo[26].

También podría ocurrir que los mismos recursos fueran conocidos y usados con diferentes propósitos por diferentes grupos indígenas o locales[27] y, en ese caso, se debería establecer si sería necesaria la autorización de ambos pueblos indígenas, de uno de ellos (el que se aborda, aunque se conozca la existencia y el conocimiento del otro), o el del que tuviese el conocimiento más afín con el uso que se daría al recurso genético[28].

24 O al recurso biológico, pues la conciencia que los sabedores tengan sobre genética nunca será la que hoy la ciencia y la tecnología entienden por tal, por lo que la alusión ha de ser a lo biológico por ser más comprensiva y comprensible en el contexto donde se aplica. Dejo aquí de lado las argumentaciones de algunos países sobre esta distinción, aunque no las desconozco, como tampoco sus consecuencias; pero entiendo que las mismas exceden el escueto marco de este trabajo. Así, Brasil ha argumentado en el proceso ante la Organización Mundial del Comercio que «El CDB reconoce que "[d]e conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos ...". Por tanto, la potestad de los Estados no se limita a regular los recursos genéticos; de ahí que no deba interpretarse que el hecho de que el artículo 15 del CDB se refiera al "acceso a los recursos genéticos" impide a los Estados regular el acceso y la distribución de los beneficios de los recursos biológicos. Además, la expresión "recursos biológicos", que es más amplia, pretende garantizar que estén cubiertos todos los casos posibles de biopiratería, así como seguir el ritmo de la evolución tecnológica, especialmente en lo que se refiere a la biotecnología. Esta terminología es similar a la expresión "material biológico", utilizada en anteriores comunicaciones y que, por ejemplo, figura en el considerando número 27 de la Directiva sobre Biotecnología de la UE (Directiva 98/44, de 6 de julio de 1998), en cuyo artículo 2 aparece definida» (World Trade Organization. «Response to Questions Raised on the Draft Amendment to TRIPS—Article 29bis», 26 de julio de 2006 (IP/C/W/475).

25 Solo a título de ejemplo: el *Ibenkiki* (*Cyperus sp. Cyperaceae*) puede tener variedades que estarían infectados con un hongo Balansia, que probablemente es la fuente de varias propiedades medicinales. Los machiguenga tienen numerosas cepas, con usos muy variados: atrayentes de peces, ayudas de caza, incluso uno que calma disputas domésticas (Russo, Ethan. Ob. cit.).

26 Aunque ya algo antiguo y anterior a la vigencia del CDB, el ejemplo de la secreción de la *Epibatodopes tricolor* es muy ilustrativo. Usada por las comunidades indígenas del sur de Ecuador como veneno para potenciar el efecto de los dardos durante la cacería, fue el comienzo para la detección del principio activo usado para la elaboración de un poderoso analgésico que, justamente, lleva el nombre de *Epibatidine* (ver Zamudio, Teodora. «Biodiversidad y conocimiento tradicional. Hacia un marco normativo de protección». *Actas del Simposio: Ecuador Santuario Regional: la Salvaguardia del Patrimonio Genómico y Cultural*. Quito, noviembre de 2008.

27 Así, por ejemplo: «la *Fittonia sp. Acanthaceae* es usada por las tribus del pueblo Kofan y Siona Secoya de la Amazonia ecuatoriana —quienes pertenecen a la clasificación lingüística Tucana— para el tratamiento del dolor de cabeza. Los machiguenga, en la selva lluviosa peruana que pertenecen a la lenguas arawak, la conocen como alucinógeno y fue usada ampliamente como parte de la mezcla para el "kamarampi" en anteriores generaciones antes que sus miembros dominaran conocimientos sobre la *Psychotria sp.* para el mismo propósito» (Russo, Ethan. «Headache Treatments by Native Peoples of the Ecuadorian Amazon: a Preliminary Cross-disciplinary Assessment». *Journal of Ethnopharmacology*, 36 (1992), pp. 192-206. El autor trae otro ejemplo: un cactus epifito de la jungla (tentativamente clasificado como *Epiphyllum sp.*) fue llevado por él como una cura para los malestares musculares, en su momento no prestó mucha atención hasta que en su laboratorio y examinando la literatura advirtió que los Kofan empleaban una especie similar del mismo modo. Es de remarcar que ambos pueblos que pertenecen a familias lingüísticas incompatibles y habitan regiones distantes unas de otras por más de 1500 km, tuvieran tales coincidencias.

28 Convention on Biological Diversity. *Ad hoc Open-ended Inter-sessional Working Group on Article 8 (j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity. Fifth Meeting. Development*

El tema ha sido planteado, tangencialmente, al tratarse la cuestión en las zonas transfronterizas, afirmándose de un modo muy global y teórico que la titularidad en tales circunstancias debe ser considerada compartida y el consentimiento ha de ser solicitado a todas las comunidades involucradas, de modo que los beneficios sean compartidos entre ellas de acuerdo con sus leyes consuetudinarias. No creo que esta aparentemente salomónica propuesta pueda ser considerada una respuesta fundamentada, más bien resulta un descargo de responsabilidad. Pero la cuestión transfronteriza no es menor cuando los confines estatales «parten» y dividen *pueblos* y someten a distinta legislación a un mismo grupo cultural. En las regiones de fronteras es quizás donde los tratados internacionales y procesos de integración regional más podrían ayudar en análisis de la confluencia de las «artificiales» divisiones político-administrativas entre los Estados, en un intento por integrar las realidades culturales de los pueblos indígenas previos al establecimiento de dichos límites en una extensa cuenca geográfica[29].

En el panorama apuntado, la frustración jurídica puede ahondarse hasta niveles prácticos intolerables.

III. ACCESO A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES. PERTINENCIA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO PARA SU REGULACIÓN

Desde el CDB se ha postulado el reconocimiento y la aplicación del derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales; si bien se ha insistido que ello debe ser interpretado en el contexto y con el alcance de las metas del Convenio[30]. No obstante, se observa que la cuestión de cómo proveer reconocimiento a los derechos consuetudinarios (o mejor dicho, hacerlo respecto de los principios relevantes a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica contenidos en los ordenamientos consuetudinarios) puede variar, de país en país, dependiendo de los marcos constitucionales y de la observancia —en los sistemas legales internos— de los compromisos internacionales asumidos[31].

of Elements of Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices to Identify Priority Elements (UNEP/CBD/WG8J/5/6), § 22.

29 Donnan, Hasting & Thomas Wilson (eds.). *Border Identities. Nation and Estate at International Frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Citado en López Garcés, Claudia Leonor. *Ticunas brasileros, colombianos y peruanos. Etnicidad y nacionalidad en la región de fronteras del alto Amazonas/Solimões*. Tesis de Doctorado. Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre América Latina e Caribe (CEPPAC) de la Universidad de Brasília (UnB) (http://www.tesis.bioetica.org/tic.htm).

30 «[…] lo cual no significaría la adopción de los usos y costumbres normativos completos sino que se ceñiría al respeto y reconocimiento de ciertos elementos particulares de tales costumbres, en la medida que fueran relevantes para el conocimiento tradicional que se abordase en cada caso» (UNEP/CBD/WG8J/5/6, § 17).

31 Así, en los países que han ratificado y depositado el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la

Abonando la pertinencia de su adopción, se debería estimar aplicables —durante el proceso de acceso— las reglas de atribución de derechos y beneficios que, dentro de cada comunidad o pueblo indígena, se observen habitualmente. Así, por ejemplo, son especialmente sensibles y vigentes en estas instancias los principios de *reciprocidad* y *equilibrio*[32]. La «reciprocidad» significa que lo que se recibe debe ser devuelto en igual medida; incluye el principio de la equidad y provee las bases para la negociación y el intercambio. El «equilibrio» está referido al balance y la armonía entre la naturaleza y la sociedad (el hombre)**.** Por ejemplo,

> […] en el mundo andino se produce un intercambio de influencias en reciprocidad. Esta continuidad genera un movimiento permanente, expresado en las fases lunares, las estaciones climáticas y los ciclos agrícolas. El concepto de tiempo se asocia al conocimiento como experiencia vivida (pasado) y por vivir (futuro) con la palabra ñaupa que sirve para denominar las dos situaciones en un continuum del tiempo y el espacio. De ahí que el concepto fundamental sea la coexistencia e interdependencia del ser humano con el mundo en su totalidad, sin que pueda darse el dominio sobre la naturaleza con la producción o explotación de la tierra. Esta, la Pacha Mama, brinda, da y ofrece sus frutos en un continuo y recíproco intercambio con el ser humano[33].

Plantear, entonces, un acceso a los conocimientos tradicionales es «insertarse» en ese *continuum*, y sus reglas; ello puede traer confusiones sobre algunas instituciones.

Algunos principios propios de nuestro sistema, tal como el de la propiedad privada, pueden entrar en conflicto con los conceptos del derecho consuetudinario indígena sobre cómo debería tratarse el conocimiento y los recursos[34]. Bien que la propiedad (para el caso, sobre los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos biológicos)

Alimentación de la FAO (Food and Agricultural Organization) —entre otros—, existen reglas expresas que mandan incorporar y observar el principio señalado (UNEP/CBD/WG8J/5/6, § 25).

32 Documento preparado por el Instituto Internacional para el Ambiente y el Desarrollo (IIED) para la Reunión de Expertos del CDB (UNEP/CBD/WG8J/4/INF/17).

33 Calvo, Luz María. «Diversidad cultural y gestión de la biodiversidad en la sociedad boliviana». Trabajo realizado para la Estrategia Nacional Boliviana de Conservación de la Biodiversidad. La Paz: Instituto Sociambiental, 2002; citado en Zamudio, Teodora. «Recomendaciones». Composite Report on the status and trends regarding the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities (CBD/UNEP 2002-2003. UNEP/CBD/COP/7/INF/37).

34 «De hecho, en no pocas culturas nativas no parece registrarse aquello que entendemos como "propiedad privada". La "propiedad personal" suele complementar formas de propiedad familiar o comunal que responden mas al usufructo que a la mera exclusividad, son habituales la existencia de esferas de intercambio diferenciadas, en las que la tierra y el trabajo poseen profundas connotaciones sociales y religiosas ajenas a su mercantilización mientras que la relación entre individuo y sociedad tiende a desarrollarse en el marco de una "ética del compartir" que encuentra en el parentesco el principio ordenador del todo social. Es por eso que aquello que convierte al cazador en exitoso o al guerrero en persona virtuosa, parece ser mas su capacidad para adecuarse a las expectativas de reciprocidad social que al reconocimiento de supuestas "habilidades" personales» (Bayardo, Rubens & Ana María Spadafora. «Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo». En Actas del VI Congreso Argentino de Antropología Social Identidad Disciplinaria y Campos de Aplicación. Mar del Plata, septiembre de 2000.

podría plantearse como comunitaria o colectiva[35], los más ancianos —que son quienes guardan y transmiten esos saberes— pueden, en algunos casos, ser renuentes a compartir sus saberes con otros, aun dentro de sus propias comunidades, si perciben que quien lo recibe no lo usará de manera correcta, es decir de acuerdo con las reglas consuetudinarias[36], lejos está esta tesitura de ser un «(legítimo) capricho del propietario». Los procesos mediante los cuales el conocimiento tradicional es adquirido, usado y sostenido dependen de las creencias y los valores culturales y espirituales propios y únicos de cada comunidad[37]. Los que asimismo están íntimamente vinculados a, o expresados en, los usos y costumbres que regulan las conductas dentro de la comunidad en relación con los derechos y las obligaciones hacia los recursos biológicos[38]. Muchos poseedores de conocimiento tradicional creen que todos los seres vivos (entre ellos el hombre) están infundidos con espíritu y que es de ese espíritu (o dios) que el conocimiento es adquirido.

Lo expuesto explica por qué la apropiación indebida ofende más los aspectos culturales y espirituales de la comunidad que los económicos[39]. Por lo que la regulación del régimen de acceso a este recurso (cultural) y sus institutos más definitivos —el consentimiento, las condiciones mutuamente acordadas, la distribución de beneficios— ha de dar un espacio amplio y explícito a las normas consuetudinarias, si es que el derecho pretende cumplir su función social de facilitación —y no la imposición— de las relaciones de prospección, y asimismo las de conservación, ya no solo de los recursos genéticos, sino de los culturales también.

IV. CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO

El texto del artículo 8 inciso j) del CDB compromete a las Partes a implementar el acceso al conocimiento tradicional con la «autorización» de las comunidades proveedoras, lo cual implica que es requerido el *consentimiento informado previo* de aquellas, según fue interpretado

35 UNEP/CDB/WG8J/5/6, § 26.

36 «Los derechos a usar los conocimientos y recursos a menudo no son permanentes sino condicionales al cumplimiento de ciertas obligaciones. Si estas no son observadas, pueden perderse esos derechos. Muchas comunidades también mantienen la creencia de que un uso no autorizado del conocimiento tradicional por partes de terceros puede merecer —de acuerdo con su derecho consuetudinario— castigos y sanciones, no solo para el tercero perpetrador del abuso sino también para quien facilitó el acceso indebido» (UNEP/CDB/WG8J/5/6, § 34).

37 Ethan Russo ilustra este tipo de abordaje con una anécdota personal durante su viaje a la selva lluviosa peruana del pueblo machiguenga: al acercarse a un ejemplar de *mamperikipini* (*Fittonia sp. Acanthaceace*) sobre el que se hallaba posado un insecto, su guía, Elías, le explicó que en realidad el insecto era un chamán que había cambiado de forma al verlos a ellos acercarse, por lo que Russo le preguntó si estaba él autorizado a recolectar algunas muestras. El guía interpretó que la inofensividad del insecto demostraba que eran bien recibidos y que sus intenciones habían sido juzgadas como correctas (Russo, Ethan. Ob. cit.).

38 UNEP/CDB/WG8J/5/6, § 29.

39 Ibídem.

por la Secretaría del Convenio[40]. El principio ha sido reconocido en numerosas declaraciones y por comités internacionales: «[…] la protección del conocimiento tradicional debería respetar el derecho de los proveedores de tal conocimiento a consentir o no el acceso a sus saberes y debería tenerse en cuenta el principio del consentimiento informado previo»[41], y si bien el acceso está finalmente garantizado por el Estado, en algunas leyes nacionales los titulares de los conocimientos tradicionales pueden rehusar compartirlo[42].

El principio del *consentimiento fundamentado previo*, así como los demás institutos invocados (*condiciones mutuamente acordadas*, *distribución de beneficios*), son conceptos existentes en muchos sistemas de derecho consuetudinario[43], los mismos que deberían ser tomados en cuenta; sino por otra razón, por la de mantener la coherencia con la finalidad misma del acceso que es, en definitiva, el acceso a una cultura en la que se abreva por distinguirla y valorarla.

Determinar qué es el consentimiento, libre, previo e informado es novedoso dentro del campo del derecho formal aunque ya hayan trascurrido más de tres décadas desde que el concepto fue acuñado en el ámbito de la bioética, bien que inicialmente para otras áreas de aplicación.

En línea de principio, se debe interpretar que el *consentimiento* a cualquier acuerdo significa que quien consiente lo ha entendido razonablemente; por ello, las consultas y la participación son componentes fundamentales en un proceso de consentimiento. La obtención del consentimiento libre, previo e informado —en el caso de marras— debe tomar en cuenta el propio proceso de adopción de decisiones de los pueblos indígenas en todas las fases del desarrollo de un proyecto de prospección, esto es, su planificación, aplicación, vigilancia, evaluación y clausura.

Según la más autorizada doctrina ha establecido, *libre*[44] implica que no hay coerción, intimidación ni manipulación. En tanto *informado* significa que se ha proporcionado información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos:

a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c. La duración

40 Declaración de la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica en el Consejo Económico y Social (E/C.19/2005/3), §33.

41 WIPO/GRTKF/IC/7/5 *General Guiding Principle (e) Principle of Equity and Benefit-sharing.*

42 Legislación Modelo Africana; Medida Provisoria 2186-16 de Brasil; ley 7788 de Biodiversidad de Costa Rica; ley 27811 de Perú; y decreto ley 118/2002 de Portugal.

43 UNEP/CDB/WG8J/5/6, § 31.

44 Beauchamp, Tom & James Childress. *Principles of Bioethics.* Cuarta edición. Oxford: Oxford University Press, 1994; Faden, Ruth & Tom Beauchamp. *A History and Theory of Informed Consent.* Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1986.

> de lo que antecede; d. Los lugares de las zonas que se verán afectados; e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el sector privado, instituciones de investigación, gobiernos y demás personas eventualmente involucradas); g. Procedimientos [pasos, situaciones, experiencias, etcétera] que puede entrañar el proyecto»[45].

Previo indica que se debería obtener el consentimiento antes del comienzo de actividades o de la alteración posterior de estas o de sus fines.

En los procesos de consentimiento libre, previo e informado, se deben tener en cuenta las opiniones de quienes proceda, según los usos y costumbres de cada pueblo. La información debe ser precisa y dada de modo accesible y comprensible, en un idioma que los partícipes indígenas comprendan plenamente, y difundirse en una forma que tenga en cuenta sus modalidades tradicionales. Este proceso puede incluir la opción de retirar el consentimiento dado, en los tiempos y a través de modos claros y oportunos; advirtiéndose que, en estos casos, son los receptores quienes han de ser debidamente informados. Para garantizar todo ello, los procedimientos deberían prever mecanismos de supervisión. Finalmente, la determinación —posterior o en cualquier etapa— de que no se ha respetado los elementos señalados debería conducir a la revocación del consentimiento obtenido.

Varios documentos del derecho internacional brindan una plataforma para la consideración positiva del consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales. Así, las Directivas de Bonn —dimanadas de una de las Conferencias de las Partes del CDB— proveen una clara base para ello al no vincularlo necesariamente al consentimiento para el acceso a los recursos genéticos[46]; pero no es la única fuente.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo prevé que los pueblos indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en los procesos de desarrollo en lo referido a los temas que afecten sus creencias, instituciones y bienestar espiritual; y controlar

45 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (E/C.19/2005/3, §46).

46 Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización. Decisión UNEP/CBD/COP/6/VI/24, §37: «La autorización de acceso a recursos genéticos no implica necesariamente autorización para utilizar los conocimientos correspondientes y viceversa», Bonn, 2001.

su desenvolvimiento económico, social y cultural[47]. La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas[48] de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General en septiembre de 2007, acentúa los derechos indígenas a controlar y proteger su propiedad intelectual y cultural, incluyendo el conocimiento tradicional y recursos genéticos; el reconocimiento pleno de sus leyes e instituciones de toma de decisiones; el libre consentimiento informado; los derechos colectivos así como individuales; y la restauración de tierras tradicionales, recursos y propiedad intelectual tomada sin su consentimiento libre e informado.

Y, en el Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas las Partes han reconocido «[…] la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas […]» y se comprometen a respetar «c) el derecho a participar en la adopción de decisiones, a nivel nacional, sobre asuntos relativos a la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura»[49]. Más aun, algunos elementos de sistema mundial administrado por FAO son relevantes para las discusiones internacionales en materia de acceso y distribución equitativa de beneficios[50].

Por su parte, el Banco Mundial contiene, en su Manual de Procedimientos, una directiva relativa a la consulta libre, previa e informada a las comunidades y pueblos indígenas. En tales casos, un equipo de tareas asiste al prestatario en la realización de la consulta a los pueblos indígenas afectados por el proyecto, antes y durante todos y cada uno de los ciclos de su realización, debiéndose tener especialmente en cuenta:

47 Artículo 7. Inciso 1 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (169) Ginebra, 27 de junio de 1989: «Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente»; hasta el momento se han logrado veinte ratificaciones, predominantemente de países de América Latina.

48 Fue adoptada con amplio respaldo, aunque significativas ausencias (a favor 144 Estados; cuatro votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelandia y los Estados Unidos de Norteamérica); y once abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

49 Artículo 9. 1. Derechos del agricultor. Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de 2001.

50 Por ejemplo, el Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal. Este instrumento no vinculante, que fue aprobado en 1993, tiene por objeto promover la recolección racional y la utilización sostenible de recursos fitogenéticos, impedir la erosión genética y proteger los intereses tanto de los donantes, como de los recolectores de germoplasma. El Código de Conducta establece una serie de principios generales que los gobiernos pueden utilizar en la elaboración de su reglamentación nacional o en la formulación de acuerdos bilaterales sobre la recolección de germoplasma; a su tiempo, alienta la participación activa de los agricultores y las instituciones locales en las misiones de recolección y se propone que los usuarios del germoplasma compartan los beneficios derivados del uso de los recursos fitogenéticos con el país huésped y sus agricultores.

> (a) la consulta libre, previa e informada es la consulta que ocurre libremente y voluntariamente, sin ninguna manipulación externa, interferencia, o la coacción, para la cual las partes consultadas tienen el acceso previo a la información sobre la intención y el alcance del proyecto propuesto en una manera culturalmente apropiada, la forma, y la lengua; (b) la consulta debe reconocer y respetar a los consejos de mayores, jefes y líderes de la propia comunidad, y prestar especial atención a las mujeres, jóvenes y ancianos; (c) el proceso de consulta ha de respetar los modos de la comunidad ya que su toma de decisiones puede ser un proceso iterativo y ha de dársele un tiempo para comprender e incorporar acabadamente las preocupaciones y recomendaciones de la comunidad al diseño del proyecto; y (d) ha de elaborarse y archivarse un registro fiel del proceso de consulta[51].

En un sentido más general, pero igualmente aplicable, los Pactos de 1966 abordan el instituto: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aunque, en el Derecho Internacional, la alocución «pueblos» en tanto Estados no ha sido aceptada como comprendiendo a las «naciones indígenas»)[52]; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (donde los «pueblos indígenas» se hallarían aludidos en tanto «minorías»)[53].

Asimismo, se ha informado que algunas comunidades indígenas y locales habrían obviado las consideraciones expuestas utilizando los «acuerdos de confidencialidad en los negocios» para disponer de sus conocimientos tradicionales con terceros ajenos a sus culturas[54]. La firma de licencias —o cláusulas especiales dentro de los contratos— entre los titulares de los conocimientos tradicionales y las instituciones

51 Bank Procedure 4.10: Indigenous Peoples, July 2005 (http://web.worldbank.org/wbsite/external/topics/extsocialdevelopment/extindpeople/0,,contentmdk:20443667~menupk:906528~pagepk:210058~pipk:210062~thesitepk:407802,00.html).

52 Artículo 1: «1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia […]».

53 Artículo 1 (ibídem *supra,* nota 52). Artículo 27: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

54 «Por ejemplo, es cada vez más común que las comunidades aborígenes de Canadá firmen acuerdos de confidencialidad con los gobiernos y empresas que no son de aborígenes para compartir sus conocimientos tradicionales. Los socios comerciales y los asesores jurídicos están obligados por estos arreglos a no divulgar los conocimientos tradicionales o a no obtener ganancias extracontractuales por tener acceso a los mismos. Los contratos pueden también ser utilizados para controlar la utilización de los conocimientos tradicionales en base de datos y para tener acceso a sus datos». Extraído del Documento Evaluación de la eficacia de los actuales instrumentos subnacionales, nacionales e internacionales particularmente de los instrumentos de derechos de propiedad intelectual que puedan tener repercusiones en la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales (UNEP/CBD/WG8J/2/7, §29 y su nota).

o empresas *externas* exige, previamente, que las comunidades indígenas y locales sean reconocidas como una entidad legal (con personería —nacional e internacional— para contratar), y entonces, sus conocimientos colectivos sean tratados como un *secreto comercial*. Sin ahondar en las inadecuaciones de las instituciones jurídicas implicadas en este tipo de transacciones, es evidente el alto grado de aculturación que estas negociaciones demandan y el elevado costo en asesoramiento profesional para su concreción y eventual defensa.

V. CONDICIONES ACTUALES DE SU PROTECCIÓN LEGAL

Recientemente, dos países sudamericanos se han pronunciado sobre las culturas y los conocimientos tradicionales de sus pueblos indígenas en sus reformas constitucionales[55]. Bolivia asume y promueve como principios ético-morales nacionales los de sus etnias precolombinas «ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)»[56]. Las naciones y pueblos indígenas u originarios o campesinos gozan del derecho a «que sus saberes y conocimientos tradicionales […] sean valorados, respetados y promocionados»[57] y «la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo»[58], ordenando la creación de un «registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos»[59]. Además, el Estado debe proveer a «la defensa, recuperación, protección y repatriación […] de los conocimientos ancestrales»[60].

Por su parte, el Ecuador se hace responsable de «potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al sumak kawsay»[61] y del «rescate de los conocimientos ancestrales»[62]. Se reconoce y garantiza a las comunidades indígenas el derecho a:

> [...] mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas

55 Constitución Política de Bolivia, 2009 (en particular artículos 30.II.9, 30.II.11, 42.II, 100, 304.II.3, 381, 382). Constitución de Ecuador, 2008 (en particular artículos 57(12), 385(2), 387(2), 387(4), 388, 402).
56 Artículo 8 de la Constitución Política de Bolivia.
57 Ibídem. Artículo 30. II. Inciso 9.
58 Ibídem. Artículo 30. II. Inciso 11. Derecho que vuelve a ser afirmado en el artículo 42. II.
59 Ibídem. Artículo 42. II. Asimismo asegurado por el artículo 100. II y ampliado por el artículo 304 a «conocimientos de recursos genéticos, medicina tradicional y germoplasma».
60 Ibídem. Artículo 382.
61 «Buen vivir».
62 Artículo 387, incisos 2 y 4 de la Constitución Política del Ecuador.

> y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora[63].

Bien que queda palmariamente claro, de acuerdo con el texto constitucional, que ningún sistema de propiedad podrá diseñarse con el objeto de respaldar legalmente la compensación por su uso, ya que el mismo texto constitucional prohíbe «toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas»[64]; y «el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional»[65].

En ámbitos regionales y nacionales varias directivas y leyes *sui generis* y normas sobre competencia desleal han creado mecanismos para prevenir actos de apropiación indebida sobre los conocimientos tradicionales[66].

63 Ibídem. Artículo 57.

64 L. cit.

65 Ibídem. Artículo 402.

66 *Constituciones políticas*. Bolivia: Constitución Política de Bolivia, 2009 (en particular artículos 30.II.9, 30.II.11, 42.II, 100, 304.II.3, 381, 382). Ecuador: Constitución de Ecuador, 2008 (en particular artículos 57(12), 385(2), 387(2), 387(4), 388, 402). *Leyes específicas*. Bután: Ley sobre la Biodiversidad de Bután, 2003 (en particular ver el capítulo 4). Costa: Rica: Ley de Biodiversidad 7788 (en particular el capítulo V), decreto ejecutivo 31514, Reglas Generales para el Acceso a los Elementos Genéticos y Bioquímicos y Recursos de la Biodiversidad (2003) (en particular artículos 19, 25, 28). Etiopía: Proclamación del 2006 sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Conocimientos Comunitarios y Derechos Comunitarios. Filipinas: Ley de 1997 de Derechos de los Pueblos Indígenas. Kyrgyztan: Ley 116 sobre Protección del Conocimiento Tradicional de julio 31, 2007. Organización para la Unidad Africana: Ley Modelo Africana para la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, Granjeros y Mejoradores, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos. Panamá: Ley 20 del Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales, y se dictan otras disposiciones, 26 de junio de 2000; decreto ejecutivo 257 que reglamenta el artículo 71 de la ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente, 17 de octubre de 2006. Perú: ley 27811 Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, 12 de julio de 2002. *Legislaciones relacionadas con el registro de conocimientos tradicionales*. Perú: ley 28216 para la Protección del Acceso de la Diversidad biológica y el Conocimiento Colectivo; decreto legislativo 1075 Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial; ley 29316 que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Portugal: decreto ley 118/2002 Régimen Jurídico de Registro, Conservación, Salvaguarda Legal y Transferencia del Material Vegetal Autóctono con Interés para una Actividad Agraria, Agroforestal y Paisajística, 5 de abril de 2002. Tailandia: Ley de Protección y Promoción de la Medicina e Inteligencia Thai Tradicional, B.E 2542. *Otras regulaciones*. Brasil: medida provisoria 2186-16 de 2001 regulando el acceso a la herencia biológica; decreto 5459 de 2005 regulando el artículo 30 de la medida provisional 2186-16 (en particular artículo 23). China: Regulaciones sobre la Protección de la Medicina Tradicional China, 1992. Unión Europea: directiva europea 2004/24 para la Protección de los Productos Tradicionales de la Medicina Herbolaria 2006/509 sobre Especialidades Tradicionales Garantizadas. Austria: Registro de Conocimiento Tradicionales de Productos Agrícolas, 12 de marzo de 2007, Lebensministerium III/4 and Food. Ecuador: Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, 1998 (en particular artículo 377). India: Drugs and Cosmetics Act, 1940. Italia: Attuazione della Direttiva 92/73/CEE in Materia di Medicinali Omeopatici, Legge Regionale 11 de la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia Tutela delle Risorse Genetiche Autoctone di Interesse Agrario e Forestale, 22 de abril de 2002. Filipinas: Ley sobre Medicina Alternativa y Tradicional de 1997 (WOPI/GRTKF/IC/9/INF/5, http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html y http://www.tk.bioetica.org/herramientas/biblioteca.htm).

Así, el borrador de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) y de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) considera un acto específico de apropiación indebida —que deberá ser prevenido— a «la explotación comercial o industrial del Conocimiento Tradicional sin una justa y apropiada compensación a los proveedores de tal conocimiento»[67]. En tanto bajo la Legislación Modelo Africana, el acuerdo de acceso garantizado por la autoridad de aplicación nacional deberá contener un compromiso del receptor a compartir los beneficios[68]; el acceso deberá estar sujeto al pago de compensaciones, compartidas con las comunidades[69]. Igual tesitura adopta el borrador de la Asociación Sud Africana para la Cooperación Regional[70].

A su turno, la decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones dejó la puerta abierta para que se dictaran normas específicas[71] y exigir, a partir de la decisión 456, la presentación de las autorizaciones de acceso como requisito para la consideración de las solicitudes de patentes[72].

En Brasil, la medida provisoria 2186/16 reguló el acceso y su compensación mediante un contrato de uso cuando hubiere una utilización comercial del conocimiento tradicional[73], estableciendo que «los beneficios emergentes de la explotación económica de un producto o proceso desarrollado a partir del conocimiento tradicional asociado deberán ser compartidos de modo justo y equitativo entre las partes que contraten dicho acceso» [74]; norma que se refuerza en el Código de la Propiedad Intelectual al exigir la acreditación de un acceso

67 Artículo 5.3 (iv) del borrador ARIPO/OAPI. Los países miembros de OAPI son los francoparlantes Benín, Burkina Faso, Camerún, República Centro Africana, Chad, Congo, Guinea Ecuatorial, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Costa de Marfil, Mali, Mauritania, Níger, Senegal y Togo. Los países miembro de ARIPO son los anglo parlantes Botsuana, Gambia, Ghana, Kenia, Lesoto, Liberia, Malawi, Mozambique, Namibia, Sierra Leona, Sudán, Suazilandia, Tanzania, Uganda, Zambia, y Zimbabue.

68 Artículo 8, inciso 1 (vi) de la Legislación Modelo Africana.

69 Artículo 12 de la Legislación Modelo Africana.

70 Artículo 7, inciso 3 (d) del borrador de la SAARC (por sus siglas en inglés) «el uso comercial o industrial del conocimiento tradicional sin una justa y apropiada compensación, cuando tal uso persiguiera ganancias y confiriera a su usuario un ventaja tecnológica o comercial, y la retribución o compensación debiera ser requerida en concordancia con normas relacionadas».

71 Artículo 17 de la decisión 391 Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la Comunidad Andina de Naciones: «Las solicitudes y contratos de acceso y, de ser el caso, los contratos accesorios incluirán condiciones tales como: […] f) El fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados; […]».

72 Artículo 26 de la decisión 456 Régimen Común sobre Propiedad Industrial: «La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente: […] i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes; […]».

73 Artículo 16, inciso 4 de la medida provisoria 2186/16 del Brasil.

74 Artículo 24 de la medida provisoria 2186/16 del Brasil.

legítimo a los insumos[75]. Así también, la ley *sui generis* peruana 27811 dispone que «en caso de acceso con fines de aplicación comercial o industrial, se deberá suscribir una licencia donde se prevean condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo»[76] y los contratos deberán contener «el suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento colectivo y, de ser el caso, el valor del mismo»[77]. En igual sentido, la ley 7788 de Biodiversidad de Costa Rica[78].

Por su parte el decreto ley portugués 118/2002 se refiere específicamente al derecho a una compensación y al derecho a compartir los beneficios, aclarando que la aplicación de multas —asimismo contempladas en la norma— no impedirá que el titular exija sus derechos a una indemnización y a una participación en los beneficios[79]. Tal como lo hace la Constitución de Bolivia, la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas les garantiza «el derecho a la restitución de la propiedad cultural, intelectual, religiosa y espiritual abordada sin su libre consentimiento informado previo o en violación a sus leyes, tradiciones y costumbres»[80]. Lo mismo enuncia la legislación de India[81].

Pero otros documentos son enunciaciones que, más allá del valor programático que ello significa, no contienen precisiones acerca de la significación y el contenido que debería darse al mandato. Un ejemplo de este tipo de declaraciones es el Protocolo Centroamericano que provee «reconocer, compensar y proteger a las comunidades locales por sus conocimientos, innovaciones y prácticas para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica»[82].

Debe apuntarse también que, al menos en dos casos, la legislación diferencia las condiciones de acceso dependiendo del propósito para

75 Artículo 2 de la resolución 134/06 del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial del Brasil, de diciembre de 2006 «[…] Párrafo único. En el caso de que el objeto de la solicitud de patente ha sido debido a un acceso a la muestra de un componente genético del patrimonio nacional, el solicitante deberá declarar al INPI, que se cumplieron con las determinaciones de la medida provisional 2186-16, 2001, indicando el número y la fecha de la correspondiente autorización, así como el origen del material genético y de los conocimientos tradicionales conexos, en su caso».

76 Artículo 7 de la ley 27811 del Perú.

77 Artículo 27 (d) de la ley 27811 del Perú.

78 Artículo 10.6 de la ley 7788 de Costa Rica manda «reconocer y compensar los conocimientos, las prácticas y las innovaciones de los pueblos indígenas y de las comunidades locales para la conservación y el uso ecológicamente sostenible de los elementos de la biodiversidad».

79 Artículo 15 del decreto ley 118/2002 de Portugal «La aplicación de las multas referidas en el artículo anterior no impiden al titular hacer valer, en relación con lo estipulado en los artículos 7.º y 10.º, sus derechos a una indemnización compensatoria y a una participación en los beneficios».

80 Artículo 32 de la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas.

81 Artículo 2 (a) de la Ley de Biodiversidad de la India.

82 Artículo 125 del Protocolo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado.

el cual dicho acceso sea solicitado[83]; en tanto, en otros dos casos se exceptúa, de la regulación de acceso a los conocimientos tradicionales, a muchos usos consuetudinarios de los mismos[84].

En resumen, algunos países legislan el acceso sobre la base de leyes *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales, con normas específicas aplicadas por instituciones específicas[85]; pero la regla es la ausencia de regulación pertinente, o la insuficiencia reglamentaria y administrativa en su aplicación. Esta actitud omisa frente a los aspectos operativos de la facilitación del acceso frustra el empleo de los institutos inspirados o dimanados del CDB.

Paralelamente, en los últimos años, ganó terreno la idea de que los derechos de propiedad intelectual podrían convertirse en un medio para aplicar los compromisos pertinentes del Convenio —incluidos aquellos que corresponden al artículo 8 j)— si la observancia de los mandatos contenidos en él fueran exigidos como requisitos para la consideración de una solicitud de patentes. Varios son los países que unilateralmente, o en procesos regionales, han reformado sus legislaciones de propiedad intelectual para exigir el cumplimiento de tales recaudos[86].

El impulso cobró fuerza en el escenario de la Organización Mundial del Comercio donde viene dándose un debate cuyos principios van delineándose lentamente[87]. Las propuestas en este marco plantearon la posibilidad de enmendar los ADPIC con la inclusión de una nueva norma que —en resumen— exigiría al presentante de una petición de patente

83 Así lo hacen las mencionadas leyes de Perú (ver más arriba —en el texto— la transcripción pertinente) y Portugal; artículo 3 *Conocimientos Tradicionales* § 2 del decreto-ley 118/2002 Régimen Jurídico de Registro, Conservación, Garantías Jurídicas y Transferencia de Material Vegetal de las Tierras Indígenas, Agroforestal y Paisaje, abril de 2002; que en su parte pertinente reza «[…] Estos conocimientos estarán protegidos contra su reproducción y uso comercial o industrial, si se verifican las siguientes condiciones de protección […]».

84 En este sentido, ver artículo 2 (2) de la Ley Modelo Africana: «Esta legislación no afectará: (i) los sistemas tradicionales de acceso, uso o intercambio de recursos biológicos; (ii) el acceso, uso e intercambio de conocimientos y tecnologías por y entre las comunidades locales» y artículo 7 de la Ley de Biodiversidad de la India. «Las disposiciones de esta sección no se aplicarán a la población local y las comunidades de la zona, incluyendo a productores y cultivadores de la biodiversidad, *vaids* y *hakims*, que han estado practicando la medicina indígena».

85 Es regulado de este modo por: artículo 4 (1) (xi) y 4 (1) (x), Ley Modelo Africana; artículo 10, medida provisoria 2186/16 del Brasil; artículo 62, ley 7788 de Costa Rica; artículo 3 (1), Ley de Biodiversidad de la India; artículo 7 (1), decreto ley 118 de Portugal.

86 *Brasil*: Resolução 23 Estabelece a forma de comprovação da observância da Medida Provisória 2186-16, para fins de concessão de patentes de invenção pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial Novembro, 10 de 2006. *Comunidad Andina*: decisión 486 de 2000 sobre el Régimen Común de Propiedad Intelectual. *China*: ley de patentes 2000. *Dinamarca*: ley de patentes (texto consolidado 926 22/9 2000), ley de reforma 412 de Mayo 31, 2000. *Egipto*: ley 82 para la Protección de la Propiedad Intelectual, marzo 6, 2002. *India*: ley de patentes (enmienda) de 2005 (en particular artículos 23 (1) (k) y 23(2) (k)). *Noruega*: ley de patentes, 9 de diciembre, 15, 1967 enmendada por la ley 20 de mayo 7, 2000. *Sudáfrica*: Ley de Reforma al Régimen de Patentes, 20 de diciembre 7, 2005. *Suiza*: ley de patentes de 2008 (en particular artículos 49a, 81a, 138).

87 Mandato 19 de la Declaración Ministerial Doha del 14 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1), adoptada en el seno de la Organización Mundial del Comercio, se encomendó al Consejo de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que, en el marco del examen previsto al párrafo 3 b) del artículo 27 y a otras normas pertinentes, examine la relación entre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

relacionada con materiales biológicos o conocimientos tradicionales que provea, (a) declaración de la fuente y país de origen del recurso biológico y del conocimiento tradicional usado en la invención; (b) evidencia del consentimiento informado previo dado por las autoridades de acuerdo a los regímenes nacionales aplicables[88]; y (c) evidencia de la distribución justa y equitativa conforme con el régimen nacional del país de origen.

De este modo, puede interpretarse que el solicitante de una patente debería exhibir: (i) evidencia del consentimiento del «país de origen»; o (ii) si el «país abastecedor» (el que concedió —en la práctica— el acceso) es distinto del de «origen», la evidencia de que este último consintió oportunamente el acceso al «abastecedor»; pero (iii) si el proveedor es el Sistema Multilateral administrado por la FAO, la evidencia se limitaría a la del «acuerdo de transferencia de material» estandarizado por este organismo internacional[89].

Obviamente, la inopia regulatoria o su deficiente aplicación, en los ámbitos nacionales, señaladas anteriormente, darían poca operatividad a este nuevo intento (la pretendida enmienda a los ADPIC), malogrando el desarrollo de políticas públicas sobre estos recursos estratégicos.

Definitivamente, los empeños han de proveer al sistema, de estructuras institucionales eficientes, si desean validar su propia función social, de lo contrario se desatiende legalmente por igual al trabajo científico y tecnológico, que aspira a apropiarse legítimamente de los resultados de sus progresos; y a los pueblos indígenas y locales que demandan no solo «beneficiarse» por sus saberes tradicionales, sino, y prioritariamente, mantener su identidad y patrimonio. Los Estados están obligados frente a estos actores —sino ante todos sus ciudadanos— a un decidido e inequívoco ejercicio de la soberanía.

Recibido: 25/07/2012
Aprobado: 17/08/2012

88 Se entiende que si la legislación del «país de origen» del insumo (genético y/o cultural) fuera omiso, en el ámbito interno, en la debida implementación (lo cual importa no solo la ratificación del CDB, sino su reglamentación y autoridad competente) su incumplimiento relevaría al etno-bio-prospector de cumplir —a su vez— con la carga de celebrar el contrato pertinente y de proveer la evidencia que se impondría por la enmienda.

89 Si el Sistema Multilateral/FAO es el origen del insumo (genético y/o cultural), los receptores —en principio— no podrán reclamar ningún derecho de propiedad intelectual u otros derechos que limiten el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA), o a sus partes y componentes genéticos, en la forma en que los reciben del sistema multilateral de acceso (artículo 12.3.d)). Si se comercializa un producto que es un RFAA y que incorpora material al que se accedió a través del sistema multilateral de acceso, se exige —en el marco del Tratado— un pago obligatorio siempre que el producto no esté disponible para realizar nuevas investigaciones y actividades de mejoramiento (artículo 13.2.d)).

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 281-300
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Las semillas transgénicas: ¿un debate bioético?

Transgenic seeds: A bioethics debate?

JESÚS CASQUIER & RODOMIRO ORTIZ*

Resumen: El propósito del presente artículo es analizar, desde una perspectiva bioética, el impacto social, cultural, ambiental y moral del uso de la biotecnología moderna en el mejoramiento transgénico de los cultivos. Pondremos mayor énfasis en lo referente al uso de semillas transgénicas en la agricultura y sus ventajas o desventajas frente a los cultivos llamados tradicionales. Los transgénicos son organismos vivos genéticamente modificados (OGM). Solo con la definición de lo que es un transgénico, han aparecido dos corrientes antagónicas acerca de qué es y, qué no es lo correcto. Abordaremos el tema de las semillas transgénicas, presentando estas dos opiniones, para posteriormente hacer un análisis bioético que nos permitirá hacer una síntesis con la cual estableceremos qué es lo más adecuado respecto de este tema a la luz de los principios bioéticos.

***Palabras clave*:** bioética – biotecnología – OGM – semillas transgénicas – transgénicos

Summary: The aim of this paper is to analyze, from a bioethical perspective, the social, cultural, environmental and moral impacts of the use of biotechnology for breeding transgenic crops. We place greater emphasis with regard to the use of transgenic seeds in agriculture, and their advantages and disadvantages compared to traditional crops. Transgenic crops are genetically modified organisms (GMO). There have been two antagonistic views about transgenic crops only due to its definition. We address the issue of transgenic seeds presenting these two views, and make a bioethical analysis that allows us to make a synthesis that may set what could be the most appropriate standing on this issue in light of bioethical principles.

***Keywords*:** bioethics – biotechnology – GMO – transgenics – transgenic seeds

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DIALÉCTICA DE LA CONTROVERSIA.– II.1. «ANTIS».– II.2. «PROS».– II.3. SÍNTESIS.– II.3.1. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA.– II.3.2. PRINCIPIO DE BENEFICENCIA.– II.3.3. PRINCIPIO DE NO-MALEFICENCIA.– II.3.4. PRINCIPIO DE JUSTICIA.– III. CONCLUSIONES.

* Jesús Casquier es licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Lima, Perú. Actualmente se desempeña como profesor en el Centro Pre-universitario de la UNMSM y como investigador independiente. Correo electrónico: jcasquiero@hotmail.com. Rodomiro Ortiz es PhD en Plant Breeding and Genetics, por la University of Wisconsin-Madison, EE.UU. Es profesor de Genética y Fitomejoramiento en la Swedish University of Agricultural Sciences (SLU), Suecia. Correo electrónico: rodomiro.ortiz@slu.se

I. INTRODUCCIÓN

El ser humano es un producto de la evolución. El desarrollo de la técnica y, posteriormente, de la tecnología por el hombre nos ha dado la sensación de supuesta supremacía sobre las demás especies.
La evolución tecnológica abre una cantidad ilimitada de posibilidades, pero a la vez genera múltiples dudas; en el caso de las semillas transgénicas, que las ubicaremos dentro del área de la biotecnología, el debate no solo se da en el ámbito tecnológico, sino que también involucra los ámbitos social, cultural, político, económico y filosófico.

Ante las dudas y preguntas que pueden surgir, y antes de plantear el problema principal de esta investigación, comenzaremos definiendo algunos términos nuevos:

¿Qué es la biotecnología? «La biotecnología es el empleo de células vivas para la obtención y mejora de productos útiles, como los alimentos y los medicamentos». La biotecnología, también, «es la disciplina que se encarga del estudio científico de estos métodos y sus aplicaciones»[1]. La biotecnología existe desde hace mucho tiempo atrás, pero de la que hablamos en este artículo es de la «aplicación tecnológica que utiliza sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos»[2].

¿Qué es una semilla transgénica? Un transgénico es un organismo vivo que ha sido modificado genéticamente (OGM) en un laboratorio. En el caso de las plantas, «son aquellas cuyo genoma ha sido modificado mediante ingeniería genética, bien para introducir uno o varios genes nuevos o para modificar la función de un gen propio. Como consecuencia de esta modificación, la planta transgénica muestra una nueva característica»[3].

¿Qué es la bioética? La biotecnología ha ampliado el horizonte de la ética, es por ello que surge una rama de la ética que se va a encargar, mediante cuatro principios[4], de proveer los lineamientos para una correcta conducta humana frente a la vida, tanto del ser humano como de aquellos que no lo son. Esta es la bioética y su definición, según Van Rensselaer Potter —quien acuña este término en 1971— es: «el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales»[5]. Con esta idea de Potter podemos unir

1 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición (http:/www.rae.es/rae.html), 2001.
2 Convenio sobre Diversidad Biológica (www.prodiversitas.bioetica.org/doc1.htm). Río de Janeiro, 1992.
3 Sociedad Española de Biotecnología (Sebiot). *Plantas transgénicas [preguntas y respuestas]*. Sebiot, 2000, p. 8.
4 Estos cuatro principios son autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia.
5 Potter, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the Future.* Englewood Cliff: Prentice-Hall, 1971.

el ámbito de los hechos con el de los valores, o juntar, nuevamente, las ciencias con las humanidades en nuestra sociedad; frente a la fusión que se ha dado entre ciencia e industria.

La bioética requiere necesariamente de un diálogo interdisciplinario, ya que comprende aspectos filosóficos, científico económicos, sociales, jurídicos, políticos, culturales y religiosos que exigen ser considerados, en su complejidad, a la luz de los valores y principios morales. Aclarados estos términos, el problema que planteamos es el siguiente: los avances en biotecnología se ocupan ahora de mejorar las semillas de los cultivos que proporcionarán los alimentos. Este hecho causa dos reacciones totalmente contrarias, por un lado aquellos que están a favor, y por otro aquellos que tienen una reacción de desconfianza y rechazo. Desde esa perspectiva, ¿es justificable mediante los principios bioéticos el uso de semillas transgénicas? ¿Debe, el ser humano, modificar los organismos vivos para su evolución?

Este es el problema que vamos a desarrollar en este artículo, problema que nos plantea una serie de preguntas que iremos aclarando a lo largo de este manuscrito que nos permitirá aclarar si, a la luz de los principios bioéticos, es bueno y moral el desarrollo de semillas transgénicas. Lo consideramos importante porque el problema de la alimentación del ser humano es vital para nuestro desarrollo.

Para desarrollar esta reflexión ética y moral, los objetivos que pensamos alcanzar con este trabajo son: una discusión bioética transparente, con abundante información de lo que plantea cada una de las partes, sin prejuicios y al margen de intereses particulares, para de esta manera llegar a conclusiones éticamente justificables.

II. DIALÉCTICA DE LA CONTROVERSIA

El problema al que nos enfrentamos, en primer lugar, es determinar por qué a la luz de los principios bioéticos sería justificable el uso de semillas transgénicas en vez de seguir usando semillas «tradicionales» o cultivos orgánicos. Este problema nos lleva ante la pregunta de si el ser humano debe modificar genéticamente los organismos vivos o no manipularlos y dejarlos tal como se encuentran en la naturaleza.

La biotecnología aplicada al mejoramiento de plantas utiliza organismos vivos, o partes de ellos, para desarrollar organismos genéticamente modificados para usos específicos. Con ella podemos obtener grandes avances en el campo de la agricultura, pero este desarrollo ha generado gran controversia como siempre ocurre en las sociedades cuando se generan cambios, aunque el cambio es inherente a todo ser y, por ende, a toda sociedad.

El dilema al que nos enfrentamos es el siguiente: por un lado las semillas transgénicas, al incorporar características inexistentes en las plantas, pueden permitir aumentar la productividad y el valor nutritivo de los productos, esto permitiría ayudar a la reducción del hambre en el mundo. Por otro lado, se temen los posibles riesgos, impredecibles, para la salud humana y el medio ambiente, que en un largo plazo podrían producir los transgénicos, debido a las alteraciones que se realizan en la naturaleza.

Pero el mejoramiento de plantas no es algo nuevo. Podemos remontarnos a los tiempos más antiguos en los que mediante la aplicación de procesos de selección el hombre hacia cambios en la naturaleza. La selección de semillas se llevaba a cabo en forma rudimentaria, en la actualidad contamos con herramientas, como por ejemplo la genómica[6], que nos permiten mejorar los cultivos y seleccionar aquellos que consideremos mejores dotados[7].

Los métodos convencionales para mejorar las plantas han sido la selección y los cruzamientos, complementados posteriormente con técnicas citogenéticas y de mutagénesis artificial. En el caso de la mejora genética de plantas, lo que se busca es determinar la constitución genética de estas (el genotipo), para producir las manifestaciones externas (el fenotipo) que mejor se adapten a las distintas necesidades del hombre: aumentar el rendimiento, aumentar la calidad, extender el área de explotación, así como domesticar nuevas especies. Entonces, las técnicas modernas de mejoramiento genético solo son un método alternativo al mejoramiento convencional para obtener mejores alimentos, es decir: nunca hemos dejado de modificar la naturaleza para nuestros intereses evolutivos como seres humanos.

Entonces la discusión no es si los seres humanos debemos o no modificar a los organismos vivos para nuestro beneficio, ya que esto lo venimos realizando desde que el primer hombre empezó a interactuar con la naturaleza. Los cultivos que llamamos «tradicionales» o «naturales», en la actualidad, no dejan de tener algún componente artificial o alguna modificación por parte del hombre.

La discusión va por otro lado. Al encontrarnos inmersos en la sociedad del conocimiento y la información, la discusión sobre las semillas transgénicas no se quedó dentro de los laboratorios, sino que salió a la luz en todos los medios de comunicación. Consideramos que la información salió a la luz antes de que se llevasen a cabo todas las discusiones necesarias en el ámbito científico para determinar si era

6 Rama de la genética que estudia los organismos en términos de sus genomas.

7 La ventaja de la ingeniería genética es que permite alterar los genes sin depender de los procesos naturales de reproducción. Permite, también, que se desarrolle la transferencia de genes entre especies distintas, algo que en la naturaleza no siempre ocurre.

moralmente adecuado el uso de este tipo de semillas para el bienestar del ser humano.

Esto llevó a que surjan distintas opiniones al respecto, algunas muy respetables, otras debatibles y muchas fuera de contexto. Y es que estar informados es solo la primera parte para poder aclarar términos o debatir sobre un tema en específico, pero también existe un riesgo cuando la información es tergiversada o llega con ciertos sesgos que responden a diversos intereses particulares. Un ejemplo de lo manifestado lo vemos en el siguiente caso:

> El 11 de Agosto de 1998, los medios de comunicación difundían la noticia de que, en una experimentación llevada a cabo en el Instituto Rowett (Aberdeen, Escocia) por el grupo de investigación dirigido por el Dr. Arpad Purtaiz, parecía haberse demostrado que al alimentar ratas durante 110 días (equivalentes a 10 años en la especie humana) con patatas transgénicas portadoras de un gen de otra especie vegetal (judía[8]) se reducía su ritmo de crecimiento y se dañaba su sistema inmunológico. Unos días más tarde, la dirección del Instituto anunciaba medidas contra el mencionado investigador por haber causado de manera imprudente la alarma social antes de haber sido constatadas científicamente sus conclusiones, ya que ni siquiera había sometido su trabajo a la revisión crítica de una revista científica. Con posterioridad la prensa (New Scientist/El Mundo) difundió la noticia de que el Instituto Rowett, en una declaración oficial, lamentaba «haber proporcionado información falsa sobre un tema que preocupaba tanto al público como a la comunidad científica». El Doctor Purtaiz, de 65 años, fue suspendido y obligado a jubilarse. De cualquier forma, el daño ya estaba hecho. Una vez más, se pone de manifiesto la necesidad de mantener en todo momento un comportamiento ético[9].

Por ello consideramos necesario llevar a cabo un análisis filosófico acerca del tema de los transgénicos, detallar cuáles han sido las propuestas de ambos pensamientos, para luego elaborar el derrotero que más se aproxime a nuestras necesidades evolutivas, sin dejar de lado los valores morales de la sociedad en la que estamos inmersos. El punto de inicio y de llegada de la reflexión ética es la vida cotidiana, por ello consideramos que con un análisis de los principios pragmáticos de la bioética proporcionaremos los elementos necesarios para poder resolver los dilemas y conflictos morales. Solo así determinaremos si es que las semillas transgénicas serán beneficiosas y útiles para la humanidad en su

8 Arveja o guisante.

9 Gafo, Javier (ed.). *Aspectos científicos, jurídicos y éticos de los transgénicos.* Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2001, pp. 42-43.

conjunto —así como para el medio ambiente[10]—, o si solo son un nuevo error del ser humano en su proceso evolutivo.

II.1. «Antis»

Expondremos en esta sección los argumentos esgrimidos por aquellas personas que están en contra del uso de semillas transgénicas.

El primero será el religioso: este nos diría que los avances científicos han llegado a un punto en el cual no deberían inmiscuirse. El hombre, a través de la ciencia, tiene ahora la posibilidad de controlar su evolución, crear vida, modificar la vida. Es por eso que no son pocos los que afirman que los científicos juegan a ser dios, como se puede leer en los siguientes pasajes:

> […] siendo para la gente un personaje de bata blanca, aislado en su laboratorio donde inicia experimentos macabros que luego deja fuera de control, blasfemo y que juega a ser Dios, en fin, un individuo de ética dudosa[11].
>
> Apoyados en la razón y la experimentación, los científicos juegan a ser Dios. La naturaleza puede ser controlada cuando [es] expresada matemáticamente en la forma de leyes universales. La ciencia puede descifrar las leyes del funcionamiento de la sociedad y sus instituciones[12].
>
> El hombre, o algunos hombres, están convirtiéndose en creadores de vida, de individuos humanos vivos (fecundación *in vitro*, clonación); no solo crean vida, sino que deciden quién merece vivir o morir (selección genética y aborto), y no según criterios morales, como se dice de Dios, sino en función de criterios somáticos y genéticos; además, ofrecen la esperanza de salvarnos de nuestros pecados y defectos genéticos (terapia e ingeniería genética)[13].
>
> ¿Qué normas deben guiar el ejercicio de esta increíble nueva libertad si quieren actuar de forma responsable? En este contexto, la acusación de que los seres humanos están jugando a ser Dios puede significar que «al crear nuevas formas de vida», los científicos están abusando de su aprendizaje al interferir con la naturaleza[14].

10 Las plantas, los animales y el ser humano no llevan una existencia independiente, forman sociedades, comunidades y ecosistemas específicos que se desenvuelven de una forma más o menos estable.

11 Ospina, Luis. *Ética en la investigación.* En *Ética y bioética: memorias cátedra Manuel Ancízar.* 2001, p. 320, (http://www.bdigital.unal.edu.co/783/20/263_-_19_Capi_18.pdf).

12 De Souza Silva, José. *La geopolítica del conocimiento y la gestión de procesos de innovación en la época histórica emergente.* Campina Grande, (http://www.apse.or.cr/webapse/pedago/enint/souza08.pdf), 2008.

13 Kass, León. *El significado moral de la tecnología genética.* (http://www.oocities.org/bionotas/geneti05.htm), 1999.

14 «By what standards are people to guide the exercise of this awesome new freedom if they want to act responsibly? In this context, the charge that human beings are playing God can mean that in "creating new life forms" scientists are abusing their learning by interfering with nature» (President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *Splicing Life: A Report on the Social and Ethical Issues of Genetic Engineering with*

En los últimos años se ha desarrollado una fuerte conciencia medioambiental ante el aumento de la población y la escasez de los recursos naturales, esto ha generado una profunda preocupación acerca del irreparable deterioro que el hombre hace en la naturaleza, y que de esto se deriven los siguientes argumentos ambientalistas: se afirma que se podría dar una ruptura en el equilibrio natural debido a una posible transferencia de las propiedades transgénicas a «cultivos nativos», también se piensa que se pueden elevar los niveles de erosión del suelo, así como la extinción de especies, con lo que se daría una pérdida de la biodiversidad. Por ejemplo Novas indica que: «Una vez liberado en la naturaleza un ser vivo modificado genéticamente, evolucionará, se reproducirá, se cruzará o se extinguirá de forma absolutamente aleatoria sin que nadie pueda ya controlar su evolución. La evolución no tiene un destino prefijado y si hay un principio básico en ecología, es este: en la naturaleza todo está relacionado con todo»[15].

Otro argumento sería el sanitario: el cual aborda temas como la inocuidad de los alimentos, la presencia de alérgenos, la creación de nuevas toxinas, el desarrollo de resistencia a antibióticos y los efectos en la salud a largo plazo. Se ha sostenido que «Aunque hay estudios que argumentan que los transgénicos son inocuos, casi todos ellos hechos o financiados por las mismas corporaciones que venden estos productos, hay todavía mucha incertidumbre en torno a este tema»[16].

«Uno de los riesgos para la salud asociado a los transgénicos es la aparición de alergias ya que estos alimentos introducen en la cadena alimentaria nuevas proteínas que nunca antes habíamos consumido»[17].

«Las acciones humanas deben ser contempladas no solo por las consecuencias que puedan tener sobre los individuos hoy existentes, sino que deben considerarse también desde la perspectiva de los derechos de las generaciones futuras»[18].

Otro argumento sería la poca difusión de la información científica en los medios de comunicación, ante esto se abogaría por el etiquetado de los productos que deriven de cultivos transgénicos. Se reclama que por lo tanto «[…] el etiquetado de los transgénicos es una cuestión importante.

Human Beings. Washington D.C., 1982, p. 55 (http://bioethics.georgetown.edu/documents/pcemr/splicinglife.pdf).

15 Novás, Antón. *El hambre en el mundo y los alimentos transgénicos*. Madrid: Catarata, 2005, p. 12.

16 Muñetón Pérez, Patricia. «La importancia de proteger al maíz como un bien común». Entrevista con la Dra. Elena Álvarez-Buylla, Jefa del Departamento de Ecología Funcional del Instituto de Ecología de la UNAM. *Revista Digital Universitaria*, X, 4 (2009), (http://www.revista.unam.mx/vol.10/num4/art18/art18.pdf).

17 Fernández Suárez, María del Rocío. «Alimentos transgénicos. ¿Qué tan seguro es su consumo?». *Revista Digital Universitaria*, X, 4 (2009), (http://www.revista.unam.mx/vol.10/num4/art24/art24.pdf).

18 Gafo, Javier. «Cultivos transgénicos: pórtico ético a una polémica». *Envío*, 220 (2000), (http://.envio.org.ni/articulo/1020).

Solo así se podrán rastrear los posibles efectos de los alimentos transgénicos y además permitir que los consumidores decidan si quieren o no consumir transgénicos»[19].

Otro argumento sería el económico: muchos consideran que es un riesgo que la biotecnología aplicada al mejoramiento de semillas esté en manos de grandes transnacionales[20]. Para los que afirman esto, las semillas transgénicas, que en un inicio buscaban librar del problema del hambre a la humanidad, se han convertido en un negocio lucrativo para unas pocas empresas. Antiguamente las semillas eran obtenidas por los agricultores por medio de su interacción con la naturaleza, ahora serían productos que habría que comprar a un determinado dueño. Se ha dicho que

> Los transgénicos se diseñaron desde un modelo de producción industrial que tiende a la monopolización del mercado agrícola, esa era la finalidad principal de su invención, de su puesta en el mercado[21].
>
> Siendo los transgénicos un engendro de la ciencia y la tecnología al servicio de las corporaciones, los gobiernos de todo el mundo se encuentran continuamente presionados por esas gigantescas compañías que buscan todo tipo de facilidades para vender masivamente, y a cualquier costo social y ambiental, sus mercancías[22].
>
> Pero empecemos por las preocupaciones de índole socioeconómica: las secuencias transgénicas están patentadas, es decir, no son publicas sino que tienen dueño, pertenecen a corporaciones particulares, y al contaminar los maíces nativos, que son bienes públicos, sus semillas pueden por tanto ser intercambiadas sin restricciones de título de propiedad. Lo anterior abre la posibilidad de que ese recurso público se vuelva privado, y eso tendría consecuencias muy importantes para el mantenimiento a largo plazo de la diversidad[23].

Esto nos lleva a otro problema de fondo que sería el jurídico que aborda el tema de las patentes sobre estos OGM, así como la dependencia tecnológica. Lo que se sostiene es que si la agricultura empezó siendo algo natural, un conocimiento común que no le pertenecía a nadie, ¿por qué ahora se privatiza esta información? Otra pregunta que da para la

19 Muñetón Pérez, Patricia. «La importancia de proteger al maíz como un bien común».

20 Las principales son: BASF, BayerCropScience, Dow Agro, Dupont/Pioneer Hi-Bred International, Monsanto y Syngenta.

21 Núñez Zavala, Alonso. «Bioética y alimentos transgénicos». Entrevista con el Dr. Jorge Enrique Linares Salgado. *Revista Digital Universitaria*, X, 4 (2009), (http://www.revista.unam.mx/vol.10/num4/art21/art21.pdf).

22 Muñetón Pérez, Patricia. «Transgénicos y conciencia social». Entrevista con el Dr. Víctor Manuel Toledo Manssur. *Revista Digital Universitaria*, X, 4 (2009), (http://www.revista.unam.mx/vol.10/num4/art23/art23.pdf).

23 Muñetón Pérez, Patricia. «La importancia de proteger al maíz como un bien común».

reflexión sería ¿por qué se privatiza la vida? Estas son algunas de las argumentaciones:

> Monopolizar y privatizar la vida, en eso ha consistido lo único que han hecho las grandes empresas transnacionales dedicadas a la producción de transgénicos[24].

> Los fabricantes de alimentos transgénicos, con capitales de cientos de millones de dólares, poseen programas y cientos de empleados dedicados al «lobby», la propaganda, el soborno sutil, y aun el pago a investigadores afines (¿científicos mercenarios?) para convencer a la opinión pública, a los gobiernos y a los parlamentarios de la inocuidad, seguridad y ventajas de sus productos[25].

En lo que se refiere a la dependencia tecnológica, lo que afirman es que, con estas nuevas técnicas de mejoramiento de cultivos, la brecha que existe entre los que tienen y los que no tienen aumentará. Afirman, también, que esta es una nueva forma de colonialismo en donde el agricultor dejará de conseguir su alimento de forma natural al tener que comprar los productos que las empresas le decidan vender. Estos son sus principales argumentos:

> La introducción de este paquete tecnológico aumenta la dependencia de los agricultores respecto de las grandes empresas transnacionales proveedoras de semillas e insumos agrícolas[26].

> La concentración y explotación privada de estas tecnologías en manos de un pequeño conjunto de ET [empresas transnacionales] podría no solo generar las condiciones para que haya abusos de posición dominante por parte de dichas empresas —en la forma, por ejemplo, de precios excesivamente altos de las semillas o los agroquímicos—, sino también hacer que la investigación en OGM se oriente exclusivamente en función de los criterios de rentabilidad privada de dichas firmas ignorando las necesidades de los agricultores o mercados que no sean atractivos desde el punto de vista económico[27].

Como podemos ver, muchos son los argumentos de aquellos que están en contra del uso de semillas transgénicas, si bien algunos parecerían tener cierta lógica y sustento, en realidad, a nuestro juicio, son argumentos falaces. En la siguiente sección veremos los argumentos a favor del uso de semillas transgénicas para la agricultura.

24 González Cruz, Joaquín. «La industria transgénica: expropiación de la vida». *Nómadas*, 30 (2011), (http://www.ucm.es/info/nomadas/30/joaquinglzcruz.pdf).

25 Muñetón Pérez, Patricia. «Transgénicos y conciencia social».

26 Teubal, Miguel. «Expansión del modelo sojero en la Argentina». *Revista Realidad Económica*, 220 (2006), p. 75 (http://www.cibera.de/fulltext/17/17405/uploads/c9fe1572-430b-978e.pdf).

27 Trigo, Eduardo & otros. *Los transgénicos en la agricultura argentina: una historia con final abierto*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2002, p. 23.

II.2. «Pros»

Expondremos en esta sección los argumentos esgrimidos por aquellas personas que están a favor del uso de semillas transgénicas.

En referencia al argumento religioso, tiempo atrás se consideraba a los antibióticos y a los trasplantes de corazón como formas de jugar a ser Dios, en la actualidad se ven como herramientas médicas. Si bien la iglesia todavía no define una posición a favor de los transgénicos, a pesar de que los científicos convocados por la Academia Pontificia para las Ciencias han dado su visto bueno a los OGM[28], vemos en la siguiente cita nuestro primer argumento a favor:

> El hombre, creado a imagen y semejanza de Dios, está en el centro y culmen de la creación, no solo porque todo lo que existe está destinado a él, sino también porque la mujer y el hombre tienen la tarea de colaborar con el Creador a su perfección final. «Sed fecundos y multiplicaos, y henchid la tierra y sometedla» (*Génesis* 1,28): este es el mandato con el que Dios da al hombre el «dominio» de la creación, en su nombre[29].
>
> Algunos de los críticos que más vociferan en contra de los alimentos genéticamente modificados no parecen perturbarlos el hecho de que muchos productos farmacéuticos de uso difundido también sean productos genéticamente manipulados, por razones no muy claras, las mismas personas que argumentan modificar genéticamente los cultivos alimentarios equivale a «actuar como si uno fuera Dios», no suelen oponerse al empleo de ingeniería genética para producir insulina, la hormona de crecimiento humano y muchos otros fármacos de uso común[30].

El uso de la biotecnología para la evolución humana no es descalificado, pero dependerá del uso que se le dé a la sabiduría. Vemos aquí que la relación del ser humano con el universo debe estar orientada, a través de su trabajo responsable, hacia la vida de la creación integral del hombre.

Otro argumento es el ambiental, los que defienden el uso de transgénicos afirman que la adición de genes para desarrollar resistencia a insectos por parte de las plantas puede ayudar a preservar el medio ambiente al reducir el uso de pesticidas, herbicidas y plaguicidas. Por ejemplo:

28 Las conclusiones a las que se llegó en la semana de estudio sobre *Las plantas transgénicas para la seguridad alimentaria en el contexto de desarrollo*, en el Vaticano en el año 2009 fueron favorables.

29 «L'uomo, creato a immagine e somiglianza di Dio, è posto al centro e al culmine del creato, non solo perché tutto quanto esiste è destinato a lui, ma anche perché la donna e l'uomo hanno il compito di collaborare con il Creatore nel condurre il creato verso la sua perfezione finale. "Siate fecondi e moltiplicatevi, riempite la terra, soggiogatela" (Gen. 1,28): ecco il mandato con cui Dio affida all'uomo il «dominio» del creato, in Suo nome» (Pontificia Accademia per la Vita. *La prospettiva degli xenotrapianti. Aspetti scientifici e considerazioni etiche*. 2001, (http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pa_acdlife_doc_20010926_xenotrapianti_it.html)).

30 Spinosa, Marianela. *El debate jurídico y moral de los transgénicos*. Working paper 59. Centro Argentino de Estudios Internacionales (CAEI), 2010, (http://www.caei.com.ar/es/programas/di/59.pdf).

«Mediante diversos métodos, ya se han transferido a varias especies vegetales numerosos genes provenientes de un amplio rango de plantas y bacterias, que confieren resistencia a insectos, enfermedades y tolerancia a herbicidas»[31]. Con lo que no causarían enfermedades ni en los trabajadores que los manipulan ni en los consumidores, ni en el resto de los seres vivos al evitar la fumigación con algunos agentes que son extremadamente dañinos para la salud humana y el medio ambiente. Al crear plantas más fuertes, estas pueden resistir condiciones extremas de temperatura o a la sequía con lo que no requerirían cuidados ni esfuerzos especiales para que crezcan fuertes y sanas.

Otra ventaja, con respecto al medio ambiente, es el mayor aprovechamiento del suelo. Mediante la manipulación genética se puede crear semillas que crezcan en tierras afectadas por la erosión, falta de agua o concentración de minerales que impiden la proliferación de cultivos naturales. Grandes zonas de cultivo, hoy desaprovechadas por estas razones, podrían ser utilizadas por cultivos transgénicos que resistirían a condiciones ambientales desfavorables y a condiciones climáticas inestables. Se ha indicado que «Los cultivos transgénicos y la agricultura ecológica no son antagónicos, como muchos pretenden hacernos creer, sino que se complementan»[32].

Con relación al aspecto sanitario, lo que se argumenta es que se han hecho estudios, algunos financiados por los productores de transgénicos y otros por organismos independientes, para determinar que las semillas transgénicas son inocuas para la salud del ser humano. Organismos como la United Nations Food and Agriculture Organization (FAO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la United States Food and Drug Administration (FDA) y la United States Environmental Protection Agency (EPA) dan su visto bueno a las semillas transgénicas al considerar que sus alimentos derivados no son dañinos para el ser humano, pero que las pruebas se deben hacer por cada semilla en particular. Un punto adicional que debemos tener en cuenta es que no todo lo natural es sinónimo de inocuo, por ejemplo, el tabaco es natural, pero sabemos que puede producir cáncer; así como no todo lo artificial es sinónimo de dañino, los fármacos son artificiales pero en muchos casos ayudan al ser humano a mejorar su calidad de vida.

Con respecto a la resistencia a los antibióticos que equivocadamente los críticos sostienen se podría derivar del consumo de alimentos derivados de cultivos transgénicos leamos la siguiente cita:

31 Lewi, Dalia y Clara Rubinstein. «Obtención de plantas resistentes a insectos». En Levitus, Gabriela & otros (eds.). *Biotecnología y mejoramiento vegetal II*. Buenos Aires: Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, 2010, (http://ibone.unne.edu.ar/novedades/pdf/biotecnologia.pdf).

32 De Renobales Scheifer, Mertxe. *Alimentos más sostenibles. Las semillas transgénicas en la agricultura ecológica*. Oviedo: SIBI, 2010, p. 104.

> Los microorganismos evolucionan, se seleccionan y se reproducen. Originando nuevos seres vivos de su especie con características diferentes como son, por ejemplo, sobrevivir a las sustancias que podían eliminar a sus predecesores. […] las circunstancias que facilitan las resistencias pueden ser ambientales o microbianas naturales o adquiridas[33].

Entonces, la resistencia a los antibióticos es parte del proceso evolutivo que se da en estos organismos por medio de la selección natural. Ya sea con cultivos transgénicos o con cultivos «naturales», las bacterias que tengan una mutación que les permita sobrevivir se reproducirán y pasaran a su siguiente generación estas ventajas que hayan adquirido.

Con respecto al riesgo de aparición de alergias insospechadas por el consumo de transgénicos, debemos indicar, primeramente, que las alergias alimentarias son causadas, para un grupo de personas, por una gran variedad de alimentos que consume sin problemas el resto de la población. Esto no es algo nuevo de los cultivos transgénicos. Entre la gama de alimentos que podemos consumir, hay algunas personas que son alérgicas a un producto específico, así como hay personas que no lo son. Los alimentos que con mayor frecuencia causan reacciones alérgicas son los cereales que contienen gluten, la soya, la leche, los huevos, los crustáceos, el maní y otros frutos secos.

En segundo lugar, una persona puede ser alérgica a cualquier otra cosa, como animales, medicamentos, o hasta condiciones ambientales, ya que una alergia se da cuando el sistema inmunológico reconoce a un organismo como alérgeno y produce una reacción especifica contra ese organismo.

Otro argumento a favor de los cultivos transgénicos sería la posibilidad de que puedan emplearse en mejorar la nutrición humana, por ejemplo, para obtener micronutrientes. Un ejemplo de esto es la transformación genética para producir el arroz dorado[34], el cual tiene entre sus componentes al β-caroteno, con lo que este arroz amarillo contiene provitamina A. Como se indica en la literatura científica, «El arroz dorado fue desarrollado para ayudar a resolver el problema de la deficiencia de vitamina A (DVA), la cual afecta a millones de personas a nivel mundial, especialmente a niños pequeños en los países en desarrollo»[35]. Con las semillas transgénicas se podrían por lo tanto mejorar las cualidades alimenticias y las propiedades nutricionales de los alimentos, con lo que consumiríamos más proteínas, vitaminas y minerales y menos contenidos grasos.

33 Pastor-Sánchez, Raimundo. «Alteraciones del nicho ecológico: resistencias bacterianas a los antibióticos». *Gaceta Sanitaria*, XX, 1 (2006), (http://www.sespas.es/informe2006/p4-2.pdf).

34 Golden rice.

35 Mayer, Jorge. «Arroz dorado, cultivos dorados, perspectivas doradas». *Revista Colombiana de Biotecnología*, IX, 1 (2007), pp. 22-34, (http://redalyc.uaemex.mx/pdf/776/77690104.pdf).

Otro argumento sería el que contradice la poca difusión de la información. Sin embargo, el problema no es una falta de información, sino que la gente no lee. Nos encontramos en la sociedad de la información y el conocimiento, en donde la información científica está al alcance de todo aquel que quiera investigar; hay una gran cantidad de revistas científicas que abordan el tema de los transgénicos, la biotecnología y otros temas, pero la gente no busca la información, parece que le es suficiente lo que dijo el noticiero, la Internet o algún conocido y de ahí sacan sus conclusiones, las cuales no tienen ningún fundamento.

El tema del etiquetado en países como Estados Unidos, por ejemplo, donde se produce más del 90% de maíz o soya, o algodón transgénico del total de la producción nacional haría que el pedido de etiquetado no tenga mucho sentido, porque casi toda la cosecha de estos cultivos es de campos que usan semilla transgénica. El etiquetado se ve como una posible solución para que la gente al menos decida si consume los alimentos transgénicos o no. Pero, para poder elegir, la persona debe tener acceso a información veraz y no a medias verdades. En el Perú este derecho a la información de los consumidores ha sido recogido en el artículo 37 de la ley 29571 del código de protección y defensa del consumidor: «Los alimentos que incorporen componentes genéticamente modificados deben indicarlo en sus etiquetas». Actualmente muchos de los productos que consumimos tienen información en sus etiquetas, pero eso no quiere decir que en verdad sepamos qué es lo que estamos consumiendo.

Pasando al tema económico, los que argumentan a favor sostienen que se dará una disminución en los costes de agricultura al no tener que invertir dinero en insecticidas, herbicidas o prácticas de laboreo, con lo cual los cultivos transgénicos serán más rentables. Estudios preliminares[36] demuestran que el cultivo con OGM presenta una mayor rentabilidad promedio que el obtenido con variedades no transgénicas.

Se estima, también, que los problemas comerciales y de aceptación por parte del consumidor disminuirán cuando entren al mercado los OGM de segunda generación, ya que estos beneficiarán directamente al consumidor. Las semillas transgénicas que se vienen utilizando reportan beneficios directos al productor, pero todavía el consumidor no logra ver cuáles serían los beneficios de consumir estos productos. Cuando se creen semillas con mejoras en el sabor, propiedades nutritivas y medicinales, es posible que los consumidores cambien de parecer.

En lo referente a que las semillas estén en manos de grandes transnacionales, debemos indicar que es producto de la historia

36 James, Clives. *Global Status of Transgenic Crops in 1997*. Isaaa Briefs 5. Nueva York: Isaaa, 1998, p. 31, (http://www.isaaa.org/kc/Publications/pdfs/isaaabriefs/Briefs%205.pdf).

económica el que se hayan desarrollado estas empresas que dominan el mercado. La economía ha evolucionado a lo largo de la historia del ser humano, ha creado costumbres y tradiciones, ha experimentado sistemas de producción y distintos tipos de sociedades. Es una característica de la sociedad globalizada el que se den este tipo de empresas transnacionales no solo en lo que se refiere a la agricultura, sino en cuanta actividad desarrolle el ser humano.

El problema que vemos con el monopolio u oligopolio a nivel mundial es que unos pocos tendrían derechos sobre productos que todos necesitamos, pero lo que no vemos es que, si ese es el sistema que venimos desarrollando, y no parece posible migrar a otro sistema, entonces debemos usar las herramientas que este sistema nos da. Las empresas privadas, para garantizar su inversión, pueden patentar sus innovaciones tecnológicas. Al hacerlo la información que se incluye en las patentes se vuelve comunicable, por lo que cualquiera, a través de la investigación, también puede desarrollar nuevos productos. Si son más los que pueden crear, entonces se da la competencia y se bajan los precios. Es así como se desarrollan los actuales modelos económicos. En este sentido, es importante resaltar que «Lo que se patentan son las innovaciones: no el gen, sino lo que hace el gen, y cómo usarlo en cierto contexto para resolver un problema. Cuando algo ya era conocido, no es patentable. Las patentes que han salido adelante hasta ahora son las que implican una inversión en investigación para la empresa»[37]. Entonces, entre las ventajas que tienen y pueden aportar, directa o indirectamente, los inversionistas y las empresas monopolistas al progreso de la agricultura tendremos capital, tecnología, conocimiento y experiencia.

Con relación a la dependencia tecnológica y que esta aumentará la brecha entre ricos y pobres, debemos decir que los agricultores que buscan una mayor productividad no asemillan[38], sino que prefieren comprar semillas y otros insumos a una empresa privada que les vende para poder tener una mayor productividad. Con esto vemos claramente que la dependencia, si se da, es porque hay un vendedor que necesita vender, así como un comprador que quiere comprar. Si bien la agricultura empezó siendo algo natural, no podemos negar que en la actualidad es un negocio que, como todos los negocios, lo que busca es lucrar. Entonces, las ganancias económicas dependerán de los costos y rendimientos de nuevas tecnologías en comparación con los de otras prácticas posibles.

Como hemos podido ver en esta sección, también son muchos los argumentos de aquellos que están a favor del uso de semillas transgénicas,

37 Sampedro, Javier. «Los transgénicos, a la luz de los argumentos». Entrevista a Ricardo Aguilar y Francisco García Olmedo. *Diario El País*, 1999, (http://elpais.com/diario/1999/12/07/sociedad/944521224_850215.html).

38 Guardar semillas de una cosecha para una futura siembra.

es por eso que en la siguiente parte del presente artículo haremos un análisis bioético acerca del uso de semillas transgénicas.

II.3. Síntesis

Frente a estas dos posiciones antagónicas y sus argumentos radicales, planteamos abordar el tema de las semillas transgénicas de una manera crítica. Sin asumir una posición apocalíptica que nos haga pensar que estas semillas nos llevarán al fin de la existencia del ser humano como la conocemos; ni tampoco asumiendo una posición mesiánica afirmando que esta es la única forma en la que se puede desarrollar la producción de alimentos.

Consideramos que es necesario un debate amplio sobre los beneficios y los riesgos de la biotecnología aplicada a la agricultura, ya que la revolución biotecnológica de la que somos testigos nos afectará a todos en gran medida, pues es la revolución tecnológica más importante en la historia del ser humano, en vista de que tenemos la posibilidad de evolucionar a una velocidad que antes hubiera sido impensable.

Pero nuestra evolución no debe darse alejada de la razón. El uso de la razón es la herramienta que nos diferencia del resto de especies y es mediante el buen uso de ella que podremos obtener mejores resultados tanto para nosotros, como para nuestras futuras generaciones, que heredarán tanto lo bueno, como lo malo que desarrollemos.

Es por eso que, para aclarar algunos puntos sobre este tema, haremos uso de la filosofía, particularmente de una de sus disciplinas que es la ética. Como lo indica Potter: «La supervivencia sostenible y global requiere de una ética apropiada. Solo una ética que incorpore el conocimiento biológico puede ser la adecuada a ese fin y la Bioética Global aspira a convertirse en esa ética»[39].

Por lo tanto, analizaremos el tema de las semillas transgénicas a través de los principios de la bioética, rama de la ética que nos permitirá delimitar nuestro ámbito de estudio a través de una reflexión sistemática acerca de las intervenciones que hace el hombre sobre los seres vivos, ya que está vinculada con los valores en las ciencias biológicas y la medicina. Luego de hacer este análisis bioético, estaremos en la capacidad de responder a preguntas sobre consecuencias sociales y ambientales para decidir cuál es el mejor ambiente para el desarrollo de las nuevas tecnologías aplicadas a los alimentos, sopesar tantos los argumentos a favor como en contra sobre la producción y el uso de los OGM, para determinar las condiciones más adecuadas para que se realicen y extiendan en el mundo.

39 POTTER, Van Rensselaer. «Bioética global: encauzando la cultura hacia utopías más vividas». *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, 7 (2001), p. 8.

Consideramos, entonces, que la bioética es una disciplina necesaria para estudiar la vida respetando la vida. Antes de que se planteara como disciplina, era la ética la encargada de reflexionar sobre las obligaciones humanas y la moral dependiendo del momento histórico. La ventaja que tenemos al apoyar nuestro estudio en la bioética es que la podemos vincular al ámbito de la ciencia y la tecnología. La biotecnología ha permitido que avancemos procurando una vida mejor, pero, al no hacer un uso reflexivo de este conocimiento, podríamos poner en riesgo tanto nuestra vida, como la de las futuras generaciones.

Empezaremos por dar una definición de los principios básicos de la bioética, principios que consideramos como fundamentos filosóficos, que serán punto de referencia para orientar las decisiones en la biotecnología aplicada a las semillas transgénicas. Es importante destacar que no siempre se podrán aplicar en simultáneo por lo que, si surge un conflicto o contradicción al aplicar estos principios, será necesario deliberar racionalmente para determinar qué obligación moral prevalece en cada situación concreta.

II.3.1. Principio de autonomía

El principio de autonomía es la capacidad del hombre de actuar con conocimiento y libertad. Comprende la protección de las libertades y las capacidades de los individuos, el respeto a sus opiniones y elecciones en aquellas cuestiones que se refieren a ellos mismos. Para poder desarrollarlo, en el tema de las semillas transgénicas, es necesario tener una buena y correcta información de las alternativas que ofrece la biotecnología, lo cual permitirá la participación libre de las personas en la toma de decisiones. Los consumidores tienen derecho a recibir información sobre los productos que van a consumir, sobre los beneficios de los que podrían gozar y los posibles daños que podrían sufrir, si es que los hay, al consumir productos que deriven de transgénicos. De esta forma, podrán optar entre consumirlos o no consumirlos, así como optar por otros tipos de cultivos. Las innovaciones tecnológicas no son buenas ni malas, solo son herramientas. Por eso se debe respetar la capacidad del ser humano para actuar de manera autónoma y responsable y esto solo se puede lograr si es que la persona recibe información veraz acerca de este tema.

Además del tema de la libertad para poder elegir, también es necesaria la responsabilidad, siendo responsable, la persona hace uso de los valores éticos que cada quien asume como individuo y como miembro de una sociedad. Al ser responsables podemos vincularnos libremente a los valores de nuestra sociedad sin ningún tipo de coacción, lo que nos permitirá elegir, no solo pensando en nuestros intereses, sino también considerando al resto de la sociedad de la que somos miembros así como a las futuras generaciones.

II.3.2. Principio de beneficencia

Se trata de la obligación de hacer el bien, y está ligado al principio de autonomía, ya que no se puede buscar hacer un bien sin contar con el consentimiento del sujeto que va a recibir el bien, recordemos lo que decía Adam Smith: «No es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero que esperamos nuestra comida, sino de la consideración que ellos hacen a sus propios intereses. Apelamos no a su sentido humanitario sino a su amor por ellos mismos»[40]. Vemos en este principio el apoyo a la idea de innovar y experimentar siempre que se logren beneficios futuros para los seres humanos, así como para lograr un mayor bienestar según los propios intereses y valores de las personas.

De acuerdo a este principio, la investigación y experimentación en OGM será realizada legítimamente si lo que se busca es mejorar la calidad de vida de los sujetos de estudio y de la sociedad tanto de nuestros tiempos, como la del futuro.

II.3.3. Principio de no-maleficencia

Se refiere a no producir daño en el sujeto o en los objetos de la investigación. Lo que se busca con este principio es no hacer daño ni al ser humano, a nivel físico, psicológico o moral; ni al ambiente. Consideramos que es importante que ante el avance de la ciencia y la tecnología lleve a cabo una evaluación acerca de los daños y beneficios, ya que con en la ciencia no existe el riesgo cero. Toda actividad humana conlleva un cierto riesgo[41] por lo que, luego de ser evaluado en función de los beneficios que reporta, se debe elegir aquello que ocasione menos daños. Toda investigación debe estar antecedida por una valoración de los riesgos predecibles.

En el caso de las semillas transgénicas, se han tomado todas las precauciones necesarias. Se podría incluso decir que las precauciones tomadas son superiores a cualquier análisis del pasado.

Al amparo de este principio, consideramos que es inaceptable que se lleven a cabo proyectos cuando los riesgos no pueden ser asumidos con los conocimientos existentes. En el caso de las semillas transgénicas, no conlleva a riesgos para la salud humana, ya que está demostrada su inocuidad. Por lo tanto, consideramos, a la luz de este principio, que se debe continuar con los experimentos, y solamente si se comprueba que los riesgos son mayores que los posibles beneficios, se debe interrumpir cualquier experimento de este tipo.

40 Smith, Adam. *Indagación acerca de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones.* Londres: Nueva Edición, 1919, vol. 1, p. 13.

41 En algunos casos el no actuar conlleva también riesgos.

II.3.4. Principio de justicia

Se basa en darle a cada quien lo que le corresponde. Este principio se encarga de ver por la imparcial y equitativa distribución de los beneficios y riesgos en el ámbito del bienestar, por lo que determina la necesidad de no establecer discriminación en el acceso a los recursos por motivos de cualquier índole. Este principio pone límites al principio de autonomía, porque el bien de la persona debe extenderse en un contexto comunitario, ya que la autonomía de cada individuo no deberá atentar contra la autonomía del resto de seres humanos.

La justicia es la necesidad de respetar y dar a cada uno lo suyo, pero no lo que uno piensa que le conviene siguiendo sus intereses personales, sino lo que le conviene como ser social dentro del desarrollo de la humanidad. Por eso, al hablar de justicia se debe determinar por qué tenemos o no tenemos derecho a algo, solo así podremos determinar lo que es justo, no solo para nosotros, sino para los seres humanos en general y para el ambiente.

III. CONCLUSIONES

Las semillas transgénicas se han situado en medio de un complejo debate interdisciplinario en el que se usan argumentos de diversa índole. Esto puede acarrear una discusión improductiva si es que no se analizan a profundidad los puntos de desencuentro y qué es lo que los motiva. Si logramos aclarar estas discrepancias, podremos seguir aprovechando esta nueva biotecnología para el desarrollo del ser humano.

Consideramos que, debido a las implicancias que tiene este debate, los principios bioéticos ya formulados nos permitirán, mediante el diálogo informado y veraz, solucionar ciertos problemas y separarlos de pseudoproblemas que más parecen polémicas triviales. Lo que necesitamos son propuestas y argumentos justificados para desarrollar una discusión racional e intersubjetiva.

Solo así podremos plantear nuevas cuestiones filosóficas a antiguos problemas como el valor de la vida humana y el uso de la naturaleza, ya que consideramos que la bioética, en su análisis del uso de la biotecnología, nos permitirá desarrollarnos como seres humanos en un proceso evolutivo que nunca se detiene. Pero tampoco hay que estigmatizar la biotecnología, esta no es buena ni mala, es solo una herramienta que, como toda herramienta, dependerá de cómo y con qué fin se la use.

Todos los seres vivos hemos intervenido, y lo seguiremos haciendo, en la naturaleza: interactuamos con nuestro ambiente mediante diversas actividades, por lo que debemos evaluar cuales son las más apropiadas

a fin de minimizar riesgos. Los riesgos siempre van a existir en las actividades del ser humano, pero debemos hacer uso de nuestra razón, ya que tenemos el deber moral de utilizar lo mejor de las tecnologías que hemos creado para producir un mejor mundo tanto para nosotros, como para las futuras generaciones.

En nuestros tiempos la ciencia no se da en estado puro, ya no se da lo que practicaban los primeros filósofos e investigadores que buscaban el saber por el saber. Hoy en día no se puede separar de intereses económicos, políticos y sociales. Es por eso que debemos buscar el equilibrio y la armonía entre la ciencia y la moral. El ser humano tiene esta obligación porque es el único ser vivo consciente de sus acciones y, al hacer uso de esta conciencia, puede reflexionar acerca de su relación con el ambiente en el que vive.

Otro problema al que debemos enfrentarnos es al de la alimentación de las personas, nos encontramos en un mundo globalizado y lleno de tecnologías, pero al mismo tiempo lleno de miseria y hambre. Se calcula que para el 2050 seremos más de 9000 millones de personas. El problema que se nos presenta es ver la forma en que estas nuevas tecnologías sean aprovechadas, cada vez, por más seres humanos. Como bien lo indica Gafo:

> Cuando las posibilidades de suelo cultivable y de agua se encuentran en los límites y la humanidad «celebró» en 1999 el nacimiento del niño 6 mil millones, parece una utopía pensar que la agricultura orgánica o «biológica» pueda ser algo más que un cierto lujo de los habitantes de los países ricos y es iluso pensar que pueda proporcionar alimentación a una población humana tan numerosa que, además y con toda lógica, debe acceder a niveles de nutrición muy superiores a los actuales[42].

La única forma que vemos en la que se podría solucionar el problema de alimentar a tantas personas, sin destruir el medio ambiente, es teniendo una agricultura más productiva, incrementando los rendimientos de las explotaciones, pero a la vez educando a los agricultores, a los empresarios y a los consumidores. La ventaja que nos da esta nueva agricultura biotecnológica es que, a pesar de todas las objeciones que se le presentan, parece que va a ser la llamada a contribuir con la conservación de la biodiversidad. Por lo tanto, coincidimos con Muñetón Pérez cuando sostiene que:

> La biotecnología tiene un potencial muy grande de contribuir a un desarrollo sustentable, esa es mi opinión, y a la ciencia en general. Pero esto solo se va a lograr si los criterios para desarrollar esos conocimientos científicos y esos desarrollos tecnológicos tienen que ver, de manera

42 GAFO, Javier. Ob. cit.

primordial, con una vocación ambiental, social y con el conocimiento profundo[43].

Ningún país debería mantenerse al margen del desarrollo científico, pero el uso de este desarrollo no debe responder a intereses particulares, sino a los intereses de la humanidad en su conjunto. Debemos, también, respetar la naturaleza, pero eso no significa dejarla tal como está, debemos conocerla, aprender de ella y usarla para nuestro beneficio, ya que dependemos de ella para seguir existiendo.

Quisiéramos terminar este artículo con las reflexiones bioéticas que se le atribuyen al cacique Seattle en su comunicación de 1854 al presidente de Estados Unidos Franklin Pierce, si bien él nunca escribió esta carta, las ideas que aquí se esgrimen nos dan una perspectiva de cómo volver a la naturaleza, verla con otros ojos y aprovechar de ella tanto como nos sea posible, sin perjudicarnos, ni al resto de seres vivos, ni al medio ambiente, para de esta manera avanzar hacia un desarrollo como seres humanos haciendo uso de la bioética.

> Esto conocemos:
>
> La tierra no le pertenece al hombre, el hombre le pertenece a la tierra.
>
> Esto conocemos:
>
> Todas las cosas están conectadas, como la sangre que une a una familia.
>
> Cualquier cosa que dañe la tierra, daña los niños de la tierra.
>
> El hombre no teje la malla del universo, es apenas una hebra de esa malla.
>
> Cualquier cosa que él le hace a la malla, se lo hace a sí mismo[44].

Recibido: 25/07/2012
Aprobado: 17/08/2012

43 Muñetón Pérez, Patricia. «La importancia de proteger al maíz como un bien común».

44 Vit, Patricia. «Componentes bioéticos en investigaciones de poblaciones humanas». *Vitae. Academia Biomédica Digital*, 17 (2003), (http://caibco.ucv.ve/caibco/vitae/VitaeDiecisiete/Articulos/Opinion/ArchivosPDF/bioetica%20humana.pdf).

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 301-320
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Patentes biotecnológicas y genéticas: enfoque jurídico y ético

Biotechnological and genetic patents: legal and ethical approach

SALVADOR BERGEL*

Resumen: Desde el análisis de la relación entre moral y orden jurídico, se analiza el ingreso de la biotecnología al campo de las invenciones patentables y los cuestionamientos éticos que ha generado. Varios son los casos en los que las normas relativas a las patentes fueron colisionando con la concepción de orden público o la moral, como, por ejemplo, los procedimientos de clonación humana o de modificación de identidad genética de humanos o animales. Entre estos problemas destaca el referente al patentabilidad del material genético humano. Las posiciones sobre el tema son expuesta con detenimiento y el artículo no pretende cerrar el debate, sino exponer sus aspectos más importantes.

Palabras clave: ADN – patentes biotecnológicas – patentes genéticas – orden público

Summary: Biotechnology's entry to patentable inventions field and ethical questions generated are studied from the analysis between moral and legal order relationship. There are several cases where standards concerning patents came into conflict with public order idea or moral concerns, such as human cloning processes or genetic identity modification of human beings or animals. Among these problems, patenting of human genetic material is pointed out. Different views on the issue are carefully analyzed; this piece of writing a does not pretend to close the debate but to expose the key points involved.

Keywords: DNA – biotechnological patents – genetic patents – public order

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA DIRECTIVA EUROPEA 44/98/C.– III. CASUÍSTICA.– IV. PATENTABILIDAD DE GENES HUMANOS: SUS FUNDAMENTOS.– V. OBJECIONES ÉTICAS.– VI. CONCLUSIONES

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y profesor consulto de la Universidad de Buenos Aires. Titular de la Cátedra Unesco de Bioética (UBA).

I. INTRODUCCIÓN

Desde siempre las leyes de patente incorporaron la prohibición de admitir la patentabilidad de invenciones contrarias al orden público o a la moral; lo que obviamente implicaba la necesidad de emitir un juicio ético.

No obstante ello, y hasta tiempos recientes, una parte importante de la doctrina y jurisprudencia sostuvo la separación entre ambos contenidos, por considerar que las leyes de patente son eminentemente técnicas y que los juicios éticos o morales —en su caso— corresponden a otro ámbito.

Al ingresar las innovaciones biotecnológicas en este campo, el tema adquirió otra dimensión. Para sintetizar las opiniones vertidas sobre el particular me remito al informe sobre las leyes de bioética que produjo el Consejo de Estado Francés, el que aconsejó —en términos incontestables— la necesidad de contemplar aspectos éticos relevantes en la normativa sobre propiedad industrial. Señaló el Consejo en esta oportunidad lo siguiente:

> […] la estricta separación de la ética respecto de las patentes lleva a que las consideraciones éticas sean puestas a cargo de otras ramas del derecho, conservando la autonomía y la coherencia del derecho de patentes. Este derecho [agrega] debería permitir la verificación que la innovación presenta las características requeridas y las consideraciones éticas serían reconducidas a otros textos. Esta solución encuentra un obstáculo insuperable: los principios generales del derecho deben estar presentes en el conjunto del sistema jurídico y no es posible conferir, bajo este plano, una autonomía a un sector del derecho[1].

Desde un punto de vista global, toda ley, toda norma jurídica, debe estar vinculada con la ética. El derecho en definitiva, como sistema ordenador de una sociedad, debe expresar o fundarse en principios morales. La adhesión a los valores knoppers de la ley —enseña Moufang[2]— significa que por lo general las normas y las decisiones legales deben estar pensadas o al menos relacionadas con principios basados en la moral.

Habida cuenta de que la moral y las reglas jurídicas pertenecen a círculos que se cruzan, no existe antinomia entre ellas.

Junto a las consideraciones globales, aplicables al sistema de propiedad industrial en su conjunto, cabe remarcar que las consideraciones éticas en el campo de la biotecnología ocupan un lugar importante, influyendo

1 Conseil d'Etat. *Les lois bioéthiques cinq ans après*. París: La Documentation Française, 1999, p. 136.

2 Moufang, R. Patenting of human genes, cells and parts of the body? the ethical dimensions of patent law. *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 25, 4 (1944), pp. 487-515.

en las limitaciones de patentabilidad y en los alcances de la protección y constituyendo el trasfondo para la aplicación de medidas especiales para salvaguardar intereses de un grado superior.

Si bien las leyes de patente no definen lo que debe entenderse por orden público, existe un cierto consenso en cuanto a su caracterización, en tanto es un concepto general incorporado a otras ramas del derecho en las que ha sido objeto de un cuidadoso tratamiento.

El módulo central está construido sobre la base de ideas y creencias morales, filosóficas y políticas que sirven para cohesionar una sociedad en un momento dado y cuya inobservancia puede llegar a hacer peligrar su propia existencia.

A juicio de Bergmans, comprende los principios fundamentales del orden jurídico, es decir las normas que sirven para la realización y la protección de valores y de bienes fundamentales para la vida de la comunidad y que se encuentran principalmente (pero no exclusivamente) en la Constitución. Con relación a los seres humanos estas normas conciernen a los derechos del hombre y de la personalidad[3].

Existen casos en que la violación de la norma legal es tan evidente que no caben dudas sobre la contradicción con el orden público (por ejemplo, el caso de la patente de una carta bomba o el referido a una invención para cuya ejecución sea necesario someter a animales a sufrimientos extremos, sin beneficios atendibles). Las leyes y las convenciones tratan esta contradicción entre el orden público y las patentes de diversas formas, pero todas coinciden en la necesidad de denegarlas cuando ello resulta evidente.

Así, la Convención de la Patente Europea (CPE) establece en su artículo 53a que no se concederán patentes europeas para invenciones cuya prohibición o explotación sea contraria al orden público o a las buenas costumbres. La ley japonesa, a su vez, prohíbe el otorgamiento de patentes para invenciones susceptibles de contrariar al orden público, la moral o la salud pública y la canadiense, cuando el objeto de la patente sea ilícito.

Si bien la ley norteamericana no tiene una concreta mención al orden público, este principio encuentra aplicación a través de la interpretación de la «utilidad» como requisito objetivo de patentabilidad.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC, que en los hechos se ha constituido en la norma más relevante sobre propiedad industrial en cuanto contiene los principios básicos que obligatoriamente deben

3 BERGMANS, Bernhard. *La protection des innovations biologiques.* Bruselas: Larcier, 1991, p. 146.

observar los estados adheridos, prevé en el artículo 27.2, entre las excepciones posibles de patentabilidad, la hipótesis de la contrariedad con el orden público y la moralidad.

II. LA DIRECTIVA EUROPEA 44/98/C

Esta directiva constituye, a nuestro juicio, el instrumento más completo sobre protección de las innovaciones biotecnológicas[4].

Su primer proyecto de 1988 no contenía previsiones en materia ética. Durante el largo período que llevó su aprobación —diez años— se fueron discutiendo diversos aspectos éticos y, finalmente, la directiva sancionada, sobre un total de dieciséis artículos, contiene siete vinculados con la ética.

Su artículo 6 excluye de la patentabilidad a las invenciones contrarias al orden público. A continuación enuncio una serie de casos ejemplificativos:

a. Los procedimientos de clonación de seres humanos.
b. Los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano.
c. La utilización de embriones humanos con fines comerciales o industriales.
d. Los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales.

El artículo 7 constituye una prueba acabada de la forma en que se relaciona con la ética el derecho de patentes. En una disposición sin precedentes en este tipo de documentos, establece que el Grupo Europeo de Ética de las Ciencias y de las Nuevas Tecnologías de la Comisión evaluará todos los aspectos éticos vinculados con la biotecnología.

Por si alguna duda pudiera caber respecto a la inclusión de cuestiones éticas en una normativa destinada a la protección legal en biotecnología, nos remitimos al texto del artículo 16, que en su primer apartado dispone que la Comisión transmitirá al Parlamento y al Consejo cada cinco años un informe sobre posibles problemas que la directiva haya planteado con relación a los acuerdos internacionales de protección de los derechos humanos a los que se hayan adherido los Estados miembros.

El tema más espinoso es el relativo a la patentabilidad de genes humanos y secuencias contenida en el artículo 5, que es —sin duda— el artículo más polémico de la directiva.

4 BERGEL, Salvador. «La directiva 98/44/C relativa a la protección de las invenciones biotecnológicas». *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 13 (2000), p. 43.

Luego de enunciar enfáticamente en su inciso primero que el cuerpo humano y sus partes, incluida la secuencia o secuencia parcial de un gen, no son patentables, el inciso 2º establece la regla contraria: un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluyendo la secuencia o secuencia parcial de un gen, podrá considerarse invención patentable aun en el caso en que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural.

La contradicción entre ambos incisos es insalvable y fue objeto de encendidas críticas.

Sicard —presidente del Comité Nacional de Ética Francés— expresó al respecto que «debemos señalar que se trata de una ficción ya que no podemos descubrir un gen sin haberlo aislado»[5]. En la misma dirección, Sulston sostiene que «ese argumento me ha parecido siempre absurdo. La esencia del gen es la información —la secuencia— y copiarla en otro formato no tiene ninguna importancia. Es como si yo tomara un libro de tapa dura que otra persona ha escrito y lo publicara en rústica y dijera que es mío porque la encuadernación es diferente»[6].

III. CASUÍSTICA

De los múltiples casos en los que tuvieron la oportunidad de analizar cuestiones éticas las oficinas de patentes, vamos a referirnos a cuatro que en su conjunto permiten apreciar la orientación seguida en la materia:

III.1. La patente del oncoratón de Harvard

Fue el primer caso de concesión de una patente que reivindica un mamífero.

Aquí se concitaron dos cuestiones:

1. La oposición entre «formas superiores de vida» y «formas inferiores de vida» (microorganismos). Tanto la Oficina de Patentes norteamericana como la europea coinciden en no admitir tal distinción a la hora de concederlas. En una posición contraria, la Corte Suprema de Justicia de Canadá denegó la concesión del privilegio a las «formas superiores de vida».

2. El tema del sufrimiento del animal, al cual se le produjo un carcinoma con el fin de poder servir al testeo de anomalías similares en humanos.

5 SICARD, Didier. En *Les documents d'information de l'Assemblée Nationale*, número 3008, tomo 2, p. 53.

6 SULSTON, John & Georgina FERRI. *El hilo común de la humanidad*. Madrid: Siglo XXI, 2003, p. 264.

La Oficina Europea elaboró una prueba comparativa de utilidad que, por un lado, sopesó el sufrimiento inferido al animal y, por otro, los beneficios que podría reportar a la humanidad la utilización del mismo para la función prevista. En esta prueba la Oficina se inclinó por autorizar la patente, ya que el sufrimiento del animal estaba a su juicio ampliamente contrabalanceado por los beneficios que podía traer para la salud humana.

Con posterioridad, la Oficina Europea tuvo oportunidad de realizar igual balance comparativo respecto de una patente solicitada por la empresa Upjohn para un ratón transgénico al que se le introdujo un gen que provocaba la pérdida de cabello, con el objeto de elaborar un medicamento para tratar la calvicie[7]. En este caso, la Oficina se inclinó por admitir que el daño era superior al balance y denegó la concesión de la patente.

III.2. La patente de la relaxina

Se trata de una hormona que relaja el útero durante el parto y que, se suponía, podía tener aplicación médica en la reducción de cesáreas en partos complicados.

Aislada la secuencia de nucleótidos que codifica la relaxina, se emplearon técnicas de recombinación del ADN para clonar el gen y de esta forma producir relaxina sintética.

En la oposición a la concesión de la patente, los impugnantes adujeron entre otras razones las siguientes:

- que era contraria a la moralidad y al orden público,
- que el aislamiento de un gen a partir de un tejido obtenido de una mujer embarazada constituye un atentado a la dignidad humana,
- que la patente de genes humanos equivale a patentar la vida humana y, como tal, sería intrínsecamente inmoral.

La Oficina Europea de Patentes concedió finalmente la patente, considerando:

- que el patentabilidad de genes no confiere ningún derecho sobre los seres humanos particulares,
- la patente de un único gen humano no tiene nada que ver con el patentabilidad de la vida[8].

7 «La bioética y el derecho de patentes. El caso del oncorratón». *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi)*, 3 (2006), p. 16.

8 «Bioética y jurisprudencia sobre patentes. El caso de la relaxina». *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi)*, 2 (2006), p. 16.

III.3. La patente de Plan Genetic Systems

Se trata de una patente sobre una planta transgénica que fue observada por varias entidades ecologistas.

La Cámara de Apelaciones de la Oficina Europea, al conceder la patente, argumentó que la ingeniería genética no es una técnica que como tal pueda ser contraria a la moral o al orden público.

La decisión T356/93 de la Cámara señaló que se debe establecer en cada caso individual si una particular invención se relaciona con un uso impropio o tiene efectos destructivos sobre la biodiversidad vegetal. Consideró, en el caso específico, que los efectos ecológicos no estaban probados y por lo tanto no era posible hacer un balance de ventajas y desventajas de la invención, por faltar uno de los términos de la comparación[9].

III.4. Las patentes de los genes BRCA-1 y BRCA-2

Estas patentes reivindicaban genes vinculados con el diagnóstico precoz del cáncer de mama.

Además de las cuestiones que habitualmente se plantean en relación con el patentabilidad derivado del genoma humano, el caso mostró la inequidad sobre posibles efectos limitadores de las patentes respecto de ulteriores investigaciones, sobre el desarrollo de nuevas pruebas y métodos diagnósticos y sobre el acceso a la realización de ensayos.

En 2001 el Parlamento Europeo aprobó una resolución que disponía dirigirse a la Oficina Europea de Patentes con el fin de que garantizara el principio de no patentabilidad de seres humanos, de sus células o genes en su entorno natural, afirmando que el código genético humano debe permanecer totalmente disponible para la investigación de todo el mundo.

Las oposiciones presentadas desembocaron en la revocación en 2004 de la patente europea 699754[10].

IV. PATENTABILIDAD DE GENES HUMANOS: SUS FUNDAMENTOS

Buscando encontrar fundamentos al patentabilidad de genes y secuencia de genes, las oficinas de patentes de los países centrales ensayaron dos argumentos que son igualmente endebles a nuestro juicio.

9 Correa, Carlos. «Cuestiones éticas en el patentabilidad de la biotecnología». En Bergel, Salvador & Alberto Díaz (coords.). *Biotecnología y sociedad.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 175.

10 «Bioética y derecho de patentes. El caso de Myriad». *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi)*, 4 (2006), p. 8.

IV.1. La equiparación del ADN a las moléculas químicas

La utilización del derecho de patentes para proteger las moléculas de ADN presupone nuevas y sofisticadas interpretaciones manejadas hábilmente por las Oficinas Nacionales de Patentes, impulsadas por los requerimientos de los agentes y profesionales de la propiedad industrial, que responden cada vez en forma más clara a las exigencias del mercado[11].

Este nuevo horizonte supuso, en primer lugar, equiparar la genómica a la ingeniería química, estableciendo una equivalencia entre las moléculas de ADN y las moléculas químicas.

La UTSPO (Oficina de Patentes de los Estados Unidos), en una publicación, explica las «razones» de esta equiparación: «si las patentes sobre genes son tratadas de la misma manera que las de los otros componentes químicos, las mismas estimularán el progreso, porque el inventor original tendrá la posibilidad de recuperar gastos de investigación, porque los otros investigadores serán estimulados para inventar alrededor de la primera patente y porque un nuevo componente químico se volverá accesible para futuras investigaciones. El gen quedará así como una nueva "composición de materia" susceptible de ser patentado»[12]. Es decir, en buen romance, el gen y con él la información que porta se convierte en materia prima de la nueva industria genómica.

En esta dirección, cabe señalar que en la actualidad se sabe que un gen puede codificar para más de una proteína, a través de diferentes mecanismos de empalme del ARN mensajero. En este caso, las diferentes proteínas para las que codifica el gen no son químicamente idénticas, de donde cabe concluir que el descubrimiento de un gen y de la proteína para la cual codifica no debería conceder derechos sobre otras proteínas que la secuencia codifica[13].

Si bien las moléculas de ADN pueden ser a los fines de un estudio reducidas a sus elementos químicos de base, con lo cual hipotéticamente podrían ser consideradas en un grado de similitud con una molécula de un compuesto químico, no podemos en forma alguna desconocer el hecho de que la molécula del ADN porta la información que en combinación con los demás compuestos de la célula que la contiene posibilitará el ejercicio de las funciones vitales del desarrollo y la herencia de un organismo[14].

11 BERGEL, Salvador. «Patentes de genes y secuencias de genes». *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 8 (1998), pp. 31-59, p. 31.

12 *Federal Register*, 66, 4, (2001, 5 de enero).

13 BARTON, John. «United States Law of Genomic and Post-Genomic Patents». *International Review of Industrial Property and Copyright Law,* 33 (2002), pp. 779-789.

14 Aquí es necesario destacar la simbiosis entre los elementos inorgánicos del organismo y el organismo mismo. Esta relación simbiótica se funda sobre el ligamen entre la naturaleza de los elementos no vivientes del organismo y su función: los elementos no vivientes «construyen» el organismo viviente

Lo que se transmite de generación en generación —conforme lo enseña el premio Nobel François Jacob— son las instrucciones que especifican las estructuras moleculares. Son los planos arquitectónicos del futuro organismo, son también los medios de poner en práctica estos planos y de coordinar las actividades del sistema.

Los fenómenos vitales tienen sus condiciones físicoquímicas rigurosamente determinadas, pero al mismo tiempo se subordinan y se suceden en un encadenamiento, y según una ley, ambos fijados de antemano: se repiten de manera regulada, dando por resultado la organización y el crecimiento del individuo.

En los albores del Proyecto Genoma Humano, Bergmans realizó un estudio acerca de la posibilidad de aplicar los criterios habituales en el patentabilidad de moléculas químicas a los genes. Bergmans comienza por preguntarse si el carácter informativo de los genes constituye un obstáculo para el patentabilidad[15]. En búsqueda de una respuesta atendible, señala que la secuencia de ADN está formada por una estructura bien conocida y que —en tanto que tal— es comercialmente poco interesante. Lo que despierta interés es la información que porta tal estructura.

El gen —observa— constituye algo más que una simple composición química. Estamos en presencia de una estructura en sí misma compleja, repetida, y de una información (o de un mensaje) no periódico, dado que el elemento importante no reside en la fórmula química sino en la combinación de diferentes elementos (las cuatro bases) en un orden particular. Esta particularidad genera el interrogante de si las sustancias pueden simplemente ser tratadas como otros productos químicos o si es preciso aplicar otras categorías de excepciones al patentabilidad.

Luego de incursionar en los casos que para el derecho de patentes no dan lugar a hablar de invención patentable, encuentra que el criterio decisivo para otorgar este privilegio es la modificación del mundo exterior. Este carácter «informativo» de los genes no justifica su patentabilidad. Estamos simplemente ante la inexistencia de una invención. No es posible adueñarse de la información que pertenece al mundo natural y que simplemente es revelada por el supuesto inventor a través de los procesos de aislamiento, purificación y secuenciación.

M. Tallacchini —a su turno— considera que el aislamiento y la purificación se ha convertido en el criterio científico legislativo para

y, a continuación, los elementos serán sin excepción multiplicados en forma idéntica por el organismo: el organismo viviente «construye» de nuevo elementos no vivientes. Ver Clavier, Jean-Pierre. *Les catégories de la propriéte intelectuelle à l'épreuve des créations génétiques*. París: L'Harmatan, 1998, p. 61.

15 Bergmans, Bernhard. *La protection des innovations biologiques*. Bruselas: Larcier, 1991, p. 84.

presumir que legalmente los materiales biológicos se han transformado en artefactos patentables[16].

No podemos admitir los criterios expuestos que carecen del mínimo sustento lógico. La revelación de una secuencia de ADN no puede en ningún caso constituir una invención patentable ya que no se configura aquí ninguno de los requisitos objetivos de patentabilidad.

Conceder patentes bajo tales condiciones, lejos de estimular el trabajo científico, importa construir una barrera importante para el progreso de futuras investigaciones[17].

IV.2. El argumento de la «invención de una secuencia genética»

Para tornar viable la política de patentabilidad a la que alude la UTSPO es necesario definir la invención de una secuencia genética por la operación que consiste en aislar el gen de su ambiente natural o reproducirlo por un procedimiento técnico.

La UTSPO considera que la obtención de información genética codificada en una secuencia de ADN no implica la adquisición de un simple conocimiento científico sobre un fenómeno natural. La operación involucra —a juicio de la misma— crear una molécula artificial que incluya similar información genética que la contenida en los genes. Por consiguiente, la información genética constituiría —según esta concepción— parte de un «invento»; una nueva molécula obtenida con intervención del hombre y que puede ser patentada como tal.

En un ambiente apropiado, con la ayuda de las máquinas de una célula viva, el programa impreso en el gen podrá ser leído y ejecutado. En este sentido, el gen se compara a un soporte de informaciones cualquiera (bandas magnéticas, discos informáticos o cintas de video).

Para las oficinas de patente, sin el aislamiento y clonado de un gen no es posible identificar las secuencias de base en la cual está comprendido; lo que conduce a sostener que nos encontraríamos ante una «invención» y no ante un simple descubrimiento[18].

16 TALLACCHINI, Mariachiara. «Rhetoric of Anonymity and Property Rights in Human Biological Materials (HBMs)». En *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 22 (2005), pp. 153-175.

17 La patente del gen CCR5, que reivindica un gen vinculado con el cáncer de mama, dio lugar a un debate público, cuando un investigador descubrió una función clave, pese a lo cual se consideró que la patente cubría válidamente la nueva aplicación. Esto —señala Barton— es el resultado de aplicar a la biotecnología principios legales del patentabilidad químico tradicional. Bajo estos principios una patente sobre un producto químico nuevo cubre todos los usos, hayan sido o no descubiertos por el titular de la patente. Barton estima que no está claro que sea sabio aplicar tales principios legales de base química al contexto de la genómica. Ver BARTON, John. Ob. cit., p. 779.

18 NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS. *The ethics of patenting DNA*. Londres: Nuffield Council on Bioethics, 2000, p. 27.

Este esquema de la creación de una nueva molécula que en definitiva contiene la información genética natural resulta artificial. No es posible transformar un descubrimiento en invención, con la sola finalidad de acceder a las ventajas que otorga la patente. Cualesquiera sean las dificultades que entraña el descubrimiento, lo cierto es que el operador no ha modificado el contenido de la información genética, ya que simplemente ha posibilitado —recurriendo a técnicas usuales que están en el dominio público— el conocimiento de algo preexistente. No resulta ni lógico ni atendible que ello pueda dar lugar al otorgamiento de un derecho de exclusiva sobre el objeto descubierto.

V. OBJECIONES ÉTICAS

Se han formulado diversas objeciones al patentabilidad de genes humanos. De entre ellas tomamos dos que son particularmente relevantes:

V.1. La información genética humana como patrimonio científico de la humanidad

Debe admitirse sin retaceos que el conocimiento, así como las ideas, son de libre acceso. Toda restricción a su divulgación, a su libre circulación o a su acceso constituye una grave transgresión a los derechos fundamentales del individuo.

Los derechos intelectuales, y en especial los de propiedad industrial, en cuyo seno se asienta el derecho de patentes implican en sí la implementación una restricción a la amplia esfera de libertad en la que desarrolla su vida el hombre y, por tanto, la interpretación que corresponde dar a sus normas debe ser de carácter absolutamente restringida.

El saber —en su acepción más amplia y comprehensiva— pertenece al dominio público. El conjunto de descubrimientos, hipótesis, teorías desarrolladas a través de la historia cultural de la humanidad no admiten ser sometidos al dominio privado. Son bienes comunes, inapropiables por esencia.

El proceso de formación del saber es de tipo acumulativo. La curiosidad acerca de los hechos y de las leyes naturales es inherente al desarrollo del ser humano. Estimulado por su curiosidad natural, el hombre llegó a conocer las leyes naturales, a entender los fenómenos de todo tipo que se desarrollan en su interior y en el mundo exterior.

En la materia que nos ocupa, el saber incremental posibilitó el conocimiento de las bases químicas de la herencia, el proceso de duplicación de la información genética, el código genético, más los

procesos de transmisión de los caracteres hereditarios, etc. Nadie hubiera osado apropiarse de estos conocimientos. Cada descubrimiento fue jalonando una etapa y sobre ella se asentaron nuevas hipótesis, nuevos estudios y finalmente nuevos hallazgos.

El saber científico avanzó sobre la base de la libre comunicación de los conocimientos adquiridos. Ese flujo constante e ininterrumpido de conocimientos fue alimentando el interés en nuevos desarrollos y permitió avanzar a dominios no imaginados. La investigación básica posibilitó esta carrera y las investigaciones desarrolladas no se encerraron en una caja de cristal alejada de los contemporáneos y de sus sucesores. Todo ello constituye la suma de todo lo incorporado a la gran fuente en la que abrevan los hombres que, dominados por la curiosidad, desean conocer en mayor y mejor forma el mundo que los circunda.

Frente a este conocimiento científico tenemos el conocimiento tecnológico, que trata de buscar aplicaciones prácticas a las teorías o a los descubrimientos pertenecientes al campo de la ciencia básica. Aquí si podemos hablar de apropiación, con las reservas del caso. Pero esta apropiación no se puede extender a los aportes de una ciencia básica que sirvan de sustento a la «invención», que es una aplicación técnica por excelencia.

Así y por ejemplo el conocimiento de la estructura atómica y la física cuántica sirvieron de base para el desarrollo de múltiples instrumentos técnicos: televisores, transistores, computadoras A ningún inventor en este campo se le pudo haber ocurrido adosar como una reivindicación en su patente el enunciado de la teoría de la relatividad en tanto es conocimiento científico inapropiable.

Ahora, ante el interés económico que despierta la genómica, se pretenden invertir las categorías jurídicas y hacer aparecer como «invento» lo que en realidad es un «descubrimiento», en tanto hace conocer al hombre la secuencia de nucleótidos que conforman un segmento del ADN y que convencionalmente denominamos genes.

Cualesquiera sean los pasos que se den para llegar a tal conocimiento, lo que aparece a los ojos de cualquier observador es «información natural» que no ha experimentado cambio alguno en el camino que llevó a develarla.

Es verdad que el derecho de propiedad industrial es una creación normativa y que desde este ángulo de mira podría argumentarse que el legislador goza de amplia libertad para determinar cuáles son los presupuestos legales para definir lo que se considera «invención patentable» sujeta a apropiación privada. Pero esta libertad tiene como

límite infranqueable los derechos fundamentales del individuo y entre estos derechos fundamentales debemos incluir el libre acceso a los conocimientos.

Convertir a un descubrimiento —de libre acceso por esencia— en un invento, destrozando categorías jurídicas, implica un grave atentado a la libre circulación del conocimiento que no puede ser avalado ni justificado sin desconocer al mismo tiempo un derecho fundamental.

Es preciso reafirmar que no todo esfuerzo intelectual puede justificar el amparo de la patente, ni que todo esfuerzo técnico conduce a igual resultado. Solo son patentables las invenciones, en tanto que impliquen un esfuerzo técnico para solucionar un problema técnico. Buscar a cualquier precio la privatización —y consiguiente apropiación— del conocimiento es insensato.

Lo que está sucediendo es que asistimos a la acentuación del vínculo entre la ciencia básica y la tecnología, en tanto ha aparecido un nuevo protagonista en el medio: el mercado. La industria genómica tiene aspectos particulares que la singularizan aún dentro de las industrias vinculadas con la biotecnología. Al llegar a este punto cabe destacar que el objeto mismo de la actividad empresarial ya no es un producto industrial, sino el conocimiento que de esta forma se convierte en bien de cambio.

Segmentado el mercado entre los poseedores de conocimiento y quienes adquieren ese conocimiento para aplicarlo eventualmente a la producción de bienes (industria farmacéutica) es comprensible que el conocimiento adquiera un valor de mercado y que deba ser extraído de la fuente común para privatizarlo y someterlo a las leyes del mercado utilizando el instrumento más apropiado para tal fin: la patente de invención.

No importa que no se reúnan los recaudos universalmente prescritos para ser considerada una invención patentable. Es suficiente que bajo el manto de una nueva «legalidad» y con la conjura de las oficinas de patentes, tribunales de justicia y «nuevas concepciones doctrinarias» diseñadas para justificar el despojo, pueda finalmente teñirse a la apropiación de un ropaje que le permita ser aceptada por la sociedad.

De esta forma se torna posible que el conocimiento de la estructura química del ADN en la segmentación de los genes pueda ser «propiedad privada» y que consecuentemente se sustraiga a la comunidad científica de su libre acceso y disponibilidad. Estas políticas desarrolladas al influjo de una laxa y antojadiza «interpretación de normas legales» tienen efectos perniciosos para la actividad científica, la cual necesita como postulado básico de la libre circulación del conocimiento.

Los canales habituales de comunicación en el mundo científico hicieron que todo hallazgo experimental, toda hipótesis de investigación sea puesta en conocimiento de la comunidad para que otros individuos puedan desarrollar otras ideas y que en conjunto se llegue a obtener resultados beneficiosos para el género humano. La comunicación en revistas científicas, en congresos o el simple intercambio particular entre sus miembros constituyó y sigue siendo en muchas ramas del saber una sana y civilizada práctica. El conocimiento se considera un bien público, porque se debe facilitar el libre flujo de información científica y, paralelamente, su comunicación debe ser considerada un deber de actuación de los componentes de la comunidad.

Cuando el conocimiento se «privatiza» y se encapsula en patentes, sustrayéndolo al libre acceso de la ciudadanía, estamos destruyendo las bases en que se asentó el progreso de las ciencias y estamos retrotrayendo el mundo a épocas que parecieran definitivamente sepultadas por la historia, anteriores al iluminismo. De haberse aplicado los criterios imperantes sobre reserva del conocimiento u ocultación del mismo, que necesariamente se vincula con la protección patentaria, seguramente que no hubiera sido posible que se diera a conocer la información genética que hoy se exhibe como trofeo del mercado. La mayor parte de las instituciones oficiales que trabajan en el terreno del genoma, a medida que aislaron genes, los pusieron a disposición de la comunidad, haciendo pública la información que portaban.

La introducción masiva de la patente en el circuito de la producción de conocimientos científicos constituye una traba a la difusión del conocimiento y favorece los comportamientos de retención de la información e incluso de orientación asociados a las malas prácticas de investigación.

El patentabilidad del gen reserva su uso en beneficio exclusivo del titular. Se establece de esta forma una dependencia de los ulteriores «usuarios» ante el «descubridor».

La ciencia se articula y avanza en base a conocimientos acumulados. Todo nuevo aporte en este campo se imbrica con los ya existentes contribuyendo a conformar el árbol común del que se nutren todos quienes estén imbuidos del mismo espíritu de creación y progreso. Esto constituye en definitiva el patrimonio científico de la humanidad del cual todos somos beneficiarios y depositarios.

La libre circulación del conocimiento científico constituye uno de los pilares fundamentales en que se asienta el mundo de la ciencia. Si esa circulación es contenida o bloqueada, toda la humanidad sufre sus

consecuencias negativas[19]. La revelación de la información genética no solo tiene un valor actual muy relevante para diagnósticos y terapias, sino que constituye un aporte fundamental para emprender nuevas investigaciones vinculadas con diagnósticos tempranos de dolencias y el acceso a nuevos medicamentos, incluyendo el propio gen como elemento terapéutico (terapia génica).

Las prácticas actuales en el patentabilidad se desplazan hacia etapas iniciales de la investigación, bloqueando de esta forma el camino que conduce a otras investigaciones tanto o más valiosas que las atrapadas con derechos de exclusividad.

En el mencionado estudio del Nuffield Council on Bioethics se mencionan varias formas por medio de las cuales el patentabilidad de la secuencia de ADN, que tiene una utilidad primaria como herramientas de investigación, afectan a esta última[20]:

- el costo de investigación puede incrementarse, ya que el aumento de patentes otorgadas importará que se requieran más licencias en el desarrollo de futuras investigaciones;
- la investigación se vería dificultada si a los investigadores se los obligara a negociar primero el uso de genes y secuencias patentadas;
- un titular de patentes retendría el derecho de licencia para obtener el máximo de beneficios iniciales o, en ciertos casos, la licenciaría en exclusividad a uno o a un número limitado de licenciatarios;
- las empresas que deseen adquirir los derechos de varias secuencias de ADN decidirán no desarrollar proteínas terapéuticas o tests diagnósticos a consecuencia del costo de las regalías requeridas.

Esta situación fue advertida por John Sulston, uno de los artífices del Proyecto Genoma Humano, quien destaca que «durante las últimas décadas el *ethos* dominante en el mundo de la ciencia ha cambiado de manera insidiosa. Lo que una vez fue una empresa colectiva en la que los descubridores eran reconocidos pero sus resultados se compartían en común, se ve ahora con frecuencia limitada por exigencias de la competencia comercial. Movidos por las ganancias financieras, encorsetados por los convenios de patronazgo o simplemente como autodefensa, muchos investigadores intercambian sus descubrimientos con el resto de la comunidad científica solo bajo la protección de la ley de patentes o del secreto comercial»[21].

19 Kahn, Alex. En Académie des Sciences. Fondation Singer-Polignac (Paris). *La proprieté intelectuelle dans le domain du vivant.* Coloquio internacional. París: Technique et Documentation, 1995, p. 261.
20 Nuffield Council on Bioethics. Ob. cit., p. 59.
21 Ver Sulston, John & Georgina Ferri. Ob. cit., p. 3.

En su momento, el Comité Nacional de Ética de Francia señaló que los descubrimientos actuales, frutos de la investigación científica, han puesto en evidencia un segundo principio contiguo al de la no-comercialización del cuerpo humano y sus partes. El conocimiento del genoma humano está a tal punto ligado a la naturaleza del ser humano que debe ser considerado fundamental y necesario a su bienestar futuro, y por tanto no puede ser apropiado en forma alguna. Debe —a su juicio— estar abierto a la comunidad de investigadores, debe quedar disponible para la humanidad en su conjunto, por cuya razón expresó su queja en cuanto se asiste a un concierto de demandas de patentes sin que la comunidad científica pueda elegir con claridad entre esta competencia y el riesgo de ver el acceso a los conocimientos fundamentales encaramado en una red de exclusividades pasajeras o de dependencia de patentes exorbitantes[22].

Como se advierte, la idea de patrimonio científico de la humanidad no expresa una postura alejada de la realidad, sino que se asienta en sólidas cuestiones prácticas, sin olvidar sus fundamentos éticos. La consideración de la información genética como patrimonio científico de la humanidad reconoce un profundo contenido ético, en tanto se orienta a posibilitar el avance de las ciencias de la vida, sin interferencias extrañas.

Las estructuras económicas se están interponiendo en el camino de una elección responsable porque nos incitan a equiparar descubrimiento con tecnología, y a suponer que la explotación del conocimiento es inevitable. A juicio de Sulston no hay solución fácil, pero el primer paso es reconocer el problema[23].

El Consejo Internacional de Uniones Científicas (ICSU) señaló en su momento que el patentabilidad de secuencias de ADN desnaturalizaría los principios de las patentes que están concebidos para proteger las aplicaciones, métodos y productos, sobre la base de hechos probados y no de puras especulaciones, y sirven a la sociedad estimulando los emprendimientos y los desarrollos necesarios para la producción de bienes y de servicios útiles. Todo cercenamiento de estos principios va contra el interés de la ciencia y limitará la colaboración internacional en su realización[24].

El interés de la ciencia debe ser priorizado, máxime cuando están en juego bienes tan relevantes como la salud y la vida del hombre[25].

22 Comité Consultatif National d'Éthique. *Avis N° 64 sur l'avant projet de loi portant transposition dans le Code de la proprieté intelectuelle de la Directive 98/44/CEE* (08-06-2000).

23 Sulston, John & Georgina Ferri. Ob. cit., p. 261.

24 International Council of Scientific Unions. «Declaration sur la brevetabilité du genome». Institut de France, Académie des Sciences: La brevetabilité du genome: cit., p. 35.

25 John Barton, quien preside la Comisión Internacional sobre Propiedad Intelectual, abogó en una reciente intervención ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Apuntando a este interés en el campo de la información genética humana, la Academia de Ciencias de Francia, en su momento, señaló que «tiende a defender el principio según el cual el conjunto de la información contenida en el genoma humano pertenece al patrimonio científico de la humanidad. Esta información debe ser depositada en bases de datos que sean accesibles a la comunidad y no puede ser objeto de concesión de patente alguna»[26].

V.2. Reparto equitativo de beneficios

A medida que avanzó el Proyecto Genoma Humano y se fueron secuenciando genes avanzó paralelamente el interés de empresas privadas por apropiarse de tales descubrimientos, por vía del derecho de patentes. Quedaba en evidencia que los frutos de tales investigaciones contribuirían a acrecentar la brecha entre los países industrializados —beneficiarios principales de los logros obtenidos— y los países subdesarrollados que quedaban excluidos de los frutos rendidos por los avances científicos.

En el año 2000 se dieron a conocer en forma casi simultánea la Declaración del Comité de Ética de la Organización del Genoma Humano (HUGO), el dictamen número 64 del Comité de Bioética Francés y el proyecto de informe del Coloquio Internacional sobre «Ética, Propiedad Intelectual y Genómica» producido por el grupo de trabajo del Comité Internacional de Bioética de la Unesco (CIB), los que coincidieron en la necesidad de compartir los beneficios derivados de la investigación, impidiendo la apropiación privada de sus resultados.

El comité de ética de la HUGO, en su declaración sobre los beneficios compartidos del 19-04-00, fundamentó su posición en tres argumentos:

a. Los seres humanos compartimos el 99,9% de nuestro material genético con todos los humanos. En el interés de la solidaridad de la humanidad, nos debemos unos a otros el compartir los bienes comunes, como la salud.

b. Comenzando por la ley sobre los mares Grotius en el siglo XVI y continuando con las leyes internacionales que regulan el aire y el espacio en el siglo XX, tales recursos han sido considerados como bienes disponibles en toda la humanidad en forma equitativa y pacíficamente y protegidos en interés de las futuras generaciones. Por tanto, las leyes internacionales pueden marcar un precedente para considerar al genoma humano como herencia común.

(UNCTAD) por un tratado internacional sobre intercambio científico. A su juicio, este intercambio está siendo trabado por diversos factores entre los que se destaca el incremento de la protección de la propiedad industrial. Ver *Cordis Focus*, 220 del 5-5-2003, p. 7.

26 ACADÉMIE DES SCIENCES: La brevetabilité du génome, Rapport Nº 32, Fevrier 1996, página 34.

c. Existiendo una enorme diferencia de poder entre la organización que planifica la investigación y quienes suministran el material para esa organización, y cuando esta trabaja en vista de un lucro sustancial (asumiendo el riesgo de la inversión), surgen dudas de que la explotación pueda ser legítima y que por lo tanto puedan surgir problemas por la repartición de los beneficios.

El Comité de Ética consideró en función de ello que debe evitarse que el mapa del genoma humano pase ha convertirse en bien privado, gracias al arma de las patentes.

El concepto de beneficio compartido —a juicio de Knoppers— reconduce el debate a consideraciones de igualdad y justicia.

El dictamen número 64 del Comité Consultivo de Ética Francés sobre el anteproyecto de ley de transposición de la directiva 98/44/C del 08-06-00 entendió que tres principios éticos estaban en juego, entre ellos el de «reparto de los conocimientos». Sobre el particular, señalaba que la importancia misma de las propuestas abiertas por el conocimiento genético da cuerpo a la idea de un reparto de los conocimientos. El conocimiento del gen —señalaba— no puede ser preservado celosamente por los países más ricos, en tanto que ello puede fundarse sobre un «pillaje» de un material genético obtenido a partir de los países más pobres.

A su turno, al culminar los trabajos del grupo de la CIB del 28-08-01, dentro del catálogo de preocupaciones abiertas por el curso de las investigaciones genómicas se señaló que «la ausencia de un reparto justo de los beneficios es una fuente de preocupaciones para numerosos países en desarrollo: el material genético se origina concretamente en esos países». En otra parte el documento remarca que las patentes ya acordadas o demandadas a título de propiedad intelectual crean el riesgo de gravar los presupuestos nacionales de salud de los países subdesarrollados, en los que las implicancias de los derechos de propiedad intelectual son evidentes.

Todos estos documentos concuerdan en la necesidad de que los beneficios de la investigación de un tema tan sensible al ser humano como es el de la composición genética no pueden quedar en manos de los países más desarrollados, que son los que acaparan la investigación, al permitirse el otorgamiento de patentes sobre genes y secuencias de genes, que a la postre fomentan su apropiación privada.

Más allá de los argumentos que pueden esgrimirse sobre la ilegitimidad de patentes sobre descubrimientos de partes del cuerpo humano, lo cierto es que estas políticas de patentabilidad se fundan en criterios inequitativos

al negar el reparto de los beneficios producidos (lo que debería traducirse en el libre acceso y la libre disposición de tal información).

Sea considerándolo como conocimiento público mundial, como patrimonio común de la humanidad, como patrimonio científico, el genoma humano debe situarse al margen de la propiedad industrial. Revelar la secuencia de una porción del genoma, ya sea un gen o una región no génica, constituye un descubrimiento, un aporte de ciencia básica, alejado por principio del campo de las invenciones.

Para sintetizar cuanto hemos expresado nos remitimos a las sabias reflexiones de John Sulston: «creo que si alguien valla un gen debería limitarse estrictamente a una aplicación en la que esté trabajando, en un cierto paso en el proceso de invención. Yo, o algún otro, podemos desear trabajar en una aplicación distinta y necesitamos también tener acceso al gen. No puedo inventar un gen humano, de modo que todo lo que se haya descubierto de los genes —la secuencia, las funciones, todo— necesita mantenerse fuera de la competencia y libre de los derechos de propiedad. La secuencia del genoma es un descubrimiento, no una invención. Igual que una montaña o un río es un objeto natural que estaba ahí, si no antes que nosotros, si al menos antes que tuviésemos conciencia de su existencia. Soy de los que creen que la tierra es un bien común y que es mejor que no sea propiedad de nadie, aunque todos vallemos pequeñas partes para nuestro uso particular»[27].

VI. CONCLUSIONES

El ingreso de la biotecnología al campo de las invenciones patentables introdujo una serie de cuestiones éticas que deben ser examinadas en el contexto de la propiedad industrial.

La clásica exclusión de patentabilidad por contradicción con el orden público y la moral vio ampliado su campo a límites insospechados. Las leyes de patentes fueron ejemplificando casos en el que podría estar comprometido el orden público o la moral (por ejemplo procedimientos de clonación humana o de modificación de identidad genética de humanos o animales). El tema más controvertido es —sin lugar a dudas— el relativo al patentabilidad del material genético humano.

Desde el punto de vista técnico jurídico existen graves objeciones, en tanto la descripción de la secuencia de un gen constituye en el mejor de los supuestos un descubrimiento —excluido del privilegio— y no una invención patentable.

27 Sulston, John & Georgina Ferri. Ob. cit., p. 262.

A estas objeciones cabe agregar las que derivan de la ética, en tanto el patentabilidad de genes puede tener consecuencias adversas para el futuro de la investigación médica, a la par que entidades académicas e investigadores consideran que la apropiación del gen es contraria al reparto equitativo de los beneficios derivados de la investigación.

El debate queda abierto y tal vez la protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas pueda encontrar un cauce atendible en un sistema jurídico *sui generis*, ajeno al de las patentes de invención, que tome en cuenta las particulares características de la materia sobre la cual versa y las atendibles objeciones éticas que se formulan.

Recibido: 02/08/2012
Aprobado: 22/08/2012

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 321-333
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Desarrollo y medio ambiente. El rol de la bioética en un contexto de cambios ambientales globales

Development and environment. Bioethics role in a framework of global environmental changes

SOFÍA CASTRO SALVADOR*

Resumen: El artículo tiene por objetivo mostrar cómo el modelo de desarrollo dominante ha llevado al planeta a límites insostenibles del medio ambiente. El modelo de desarrollo desde la década de los cincuenta ha estado conducido por el crecimiento económico, sin considerar otras dimensiones como las ambientales y/o sociales. Maddison muestra que tanto la producción, como la población han aumentado considerablemente en el último siglo, pero, a la vez, las brechas han aumentado cada vez más en los bloques regionales, persistiendo los niveles de pobreza y malnutrición en algunos países. Sin embargo, los niveles de producción y consumo han aumentado y ocasionado la crisis energética y ambiental. Estos niveles se han vuelto insostenibles y están llevando al mundo a escenarios catastróficos. Es en este contexto donde la bioética aparece para dar algunas orientaciones sobre cómo deben conducirse los individuos con relación a la vida personal, social y a la naturaleza. Pero estos cambios en la conducta deben ocurrir en el plazo más inmediato ya que ello determinará el futuro del planeta y de la humanidad.

***Palabras clave*:** Desarrollo – producción – consumo – medio ambiente – bioética

Summary: The article intends to demonstrate how the dominant development model drives the planet to environmental unsustainable limits. Since the 1950s the development model has been led by economic growth without considering other dimensions as social or environmental. Maddison (2005) explains both production and population have been significantly increased in the last century; however, at the same time regional blocs' gaps have augmented, persisting poverty levels and malnutrition in some countries.

However, production and consumption levels have risen triggering an energetic and environmental crisis. These levels have become unsustainable and are driven the world to catastrophic scenarios. In this context, bioethics rises to give people's guidance concerning personal, social and nature behavior. Anyway, behavior changes should happen in the shortest term since this will shape the future of the planet and humanity.

Keywords: Development – production – consumption – environment – bioethics

* Economista, magíster en Desarrollo Ambiental. Profesora del departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora de investigación y proyectos del Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables, INTE-PUCP.

CONTENIDO: I. EL MODELO DE DESARROLLO IMPERANTE: EL DESARROLLO ECONÓMICO.– II. CRISIS DEL MODELO DE PRODUCCIÓN Y CONSUMO Y SU EFECTO EN EL MEDIO AMBIENTE.– III. LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN HUMANA EN LA NATURALEZA.– IV. EL ROL DE LA BIOÉTICA EN LA RELACIÓN DEL HOMBRE CON LA NATURALEZA Y LA CULTURA. UNA NUEVA ÉTICA DEL CONSUMO.– V. REFLEXIONES FINALES.

I. EL MODELO DE DESARROLLO IMPERANTE: EL DESARROLLO ECONÓMICO

El término desarrollo refiere a un concepto bastante antiguo y heredero de la noción occidental de progreso. Es en los años cincuenta cuando el término aparece con más regularidad, cuando los organismos internacionales empiezan a utilizarlo para explicar o justificar las brechas existentes entre los países del norte y los países del sur[1].

El desarrollo, desde entonces, está asociado principalmente con lo económico y en particular con el aumento de la productividad. Los economistas señalan que este último mide la cantidad de producción que una persona puede realizar en una determinada unidad de tiempo, es decir, la productividad —tal como señalan Iguíñiz, Ansión y otros— «se logra con los medios de trabajo utilizados y con las energías que se obtienen o que se desencadenan en la naturaleza»[2]. El fin último del desarrollo para este modelo es, por lo tanto, aumentar la productividad y esto se logra principalmente a partir de la especialización y de la división del trabajo en el mercado. Lo que importa es que las personas concentren sus esfuerzos en un determinado conjunto de tareas, lo que maximiza a su vez las ganancias y reduce los costos relativos. Samuelson y Nordhaus señalan que «la especialización aumenta la productividad y los niveles de vida»[3].

A nivel mundial efectivamente se ha producido un crecimiento económico sostenido. El economista norteamericano Angus Maddison realiza un estimado de datos de PIB y población desde inicios del siglo para mostrar que desde 1820 la economía ha crecido históricamente rápido[4]. En la tabla 1 se puede observar que entre 1913 y 2001 la producción en el mundo ha aumentado 13,6 veces, 3,4 veces el tamaño de la población y 4 veces el PIB per cápita. Esto trae abajo la teoría

1 VALCÁRCEL, Marcel. *Desarrollo y desarrollo rural: enfoques y reflexiones*. Lima: Departamento de Ciencias Sociales-PUCP, 2007, p. 11.

2 IGUÍÑIZ, Javier & otros. *Desarrollo humano entre el mundo rural y urbano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 22.

3 SAMUELSON, Paul & William NORDHAUS. *Economía*. Decimocuarta edición. Madrid: McGraw Hill, 1993, p. 35.

4 MADDISON, Angus. *Growth and Interaction in the World Economy. The Roots of Modernity*. Washington: American Enterprise Institute Press, 2005.

malthusiana que señalaba que el crecimiento de la población aumentaba en forma geométrica, mientras que la producción de alimentos lo hacía en forma aritmética.

La tabla también muestra el crecimiento de las brechas entre los distintos bloques regionales. En el año 1000, Occidente (que incluye, Europa Occidental, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Japón) tenía casi el mismo nivel de PIB per cápita que América Latina, a inicios del siglo pasado la relación era de 2,5 a 1 y al finalizar, 3,9 a 1. El crecimiento de este indicador nos muestra, por un lado, la hegemonía económica de los países *desarrollados* o del norte y, por otro lado, que el aumento de producción en el mundo se puede deber a la necesidad de cubrir las necesidades de una población también en crecimiento.

Tabla 1. Niveles de PIB per cápita, población y PIB mundial y principales regiones, 1000-2001

	1000	1500	1820	1870	1913	1950	1973	2001
Levels of per-capita GDP (1990 International dollars)								
Western Europe	400	771	1204	1960	3458	4579	11416	19256
Western Offshoots	400	400	1202	2419	5233	9268	16179	26943
Japan	425	500	669	737	1387	1921	11434	20683
West	**405**	**702**	**1109**	**1882**	**3672**	**5649**	**13082**	**22509**
Asia (excluding Japan)	450	572	577	550	658	634	1226	3256
Latin America	400	416	692	681	1481	2506	4504	5811
E. Europe & USSR	400	498	686	941	1558	2602	5731	5038
Africa	425	414	420	500	637	894	1410	1489
Rest	**441**	**538**	**578**	**606**	**860**	**1091**	**2072**	**3372**
World	**436**	**566**	**667**	**875**	**1525**	**2111**	**4091**	**6049**
Interregional spread	1.1:1	1.9:1	2.9:1	4.8:1	8.2:1	14.6:1	13.2:1	18.1:1
West/Rest spread	0.9:1	1.3:1	1.9:1	3.1:1	4.3:1	5.2:1	6.3:1	6.7:1

Population (millons)								
Western Europe	25	57	133	188	261	305	358	392
Western Offshoots	2	3	11	46	111	176	251	340
Japan	8	15	31	34	52	84	109	127
West	**35**	**75**	**175**	**268**	**424**	**565**	**718**	**859**
Asia (excluding Japan)	175	268	679	731	926	1299	2140	3527
Latin America	11	18	22	40	81	166	308	531
E. Europe & USSR	14	30	91	142	236	267	360	411
Africa	32	47	74	90	125	227	390	821
Rest	**233**	**363**	**867**	**1004**	**1367**	**1959**	**3198**	**5290**
World	**268**	**438**	**1042**	**1272**	**1791**	**2524**	**3916**	**6149**
West/World (%)	13,0	17,2	16,8	21,1	23,7	22,4	18,3	14,0

Levels of GDP (millons of 1990 international dollars)								
Western Europe	10,2	44,2	160,1	367,6	902,3	1396	4096	7550
Western Offshoots	0,8	1,1	13,5	111,5	582,9	1635	4058	9156
Japan	3,2	7,7	20,7	25,4	71,7	161	1243	2625
West	**14,1**	**53,0**	**194,4**	**504,5**	**1556,9**	**3193**	**9398**	**19331**
Asia (excluding Japan)	78,9	153,6	392,2	401,6	608,7	823	2623	11481
Latin America	4,6	7,3	15	27,5	119,9	416	1389	3087
E. Europe & USSR	5,4	15,2	62,6	133,8	367,1	695	2064	2072
Africa	13,7	19,3	31,2	45,2	79,5	203	550	1222
Rest	**102,7**	**195,3**	**501**	**608,2**	**1175,2**	**2137**	**6626**	**17862**
World	**116,8**	**248,3**	**695,3**	**1112,7**	**2732,1**	**5330**	**16024**	**37194**
West/World (%)	12,1	21,3	28	45,3	57	59,9	58,6	52

Source: Maddison (2003a, pp. 256-262)

Fuentes: Banco Mundial, 2008c; WRI, 2008 complementado con los datos sobre emisiones provenientes de los cambios en el uso de la tierra de Houghton, 2009.

Nota. Las emisiones de gases de efecto invernadero corresponde a dióxido de carbono (CO_2), Metano (CH_4), óxido nitroso (N_2O) y gases con alto potencial de contribuir al calentamiento mundial (gases fluorados). Todas ellas se expresan en unidades de dióxido de carbono equivalente (CO_{2e}), volumen de CO_2, que producirá el mismo calentamiento. En 2005, las emisiones provenientes de los cambios en el uso de la tierra en los países de ingreso alto fueron insignificantes.

La economía y su teoría de la especialización señalaban que la especialización aumenta la productividad y, por lo tanto, conduce a mejores niveles de vida de las personas, sin embargo, la evidencia empírica demuestra que el crecimiento económico no necesariamente conduce a un aumento en la calidad de vida de las personas. Amartya Sen, en su libro *Development as Freedom*, señala que vivimos en un mundo de contradicciones, por un lado existe opulencia, pero también vivimos en un mundo con grandes privaciones, destitución y opresión. Y además existen aún muchos problemas antiguos, como la persistencia de los niveles de pobreza, insatisfacción de necesidades básicas, hambruna, violación a las libertades más básicas y amenazas crecientes al medio ambiente y a la sostenibilidad de la economía y sociedad. Esto sucede en países ricos como en países pobres[5].

El crecimiento económico y la agencia de las personas han ayudado a que las situaciones de pobreza en el mundo se reduzcan, aunque aún en algunos lugares estos niveles no se han reducido tanto y persistan en el tiempo a niveles inaceptables. El Banco Mundial señala que en los últimos treinta años, «la proporción de la población en situación de pobreza extrema ha bajado de la mitad a una cuarta parte. Ahora, es mucho menor la proporción de niños malnutridos y con riesgo de muerte prematura. El acceso a la infraestructura moderna está mucho más generalizado»[6].

El factor decisivo para este cambio positivo según el Banco Mundial es el «rápido crecimiento económico impulsado por la innovación tecnológica y la reforma institucional, en particular en los países de ingreso mediano de nuestros días, donde los ingresos *per cápita* se han duplicado»[7].

En los últimos cuatro años, la economía mundial ha sufrido un retroceso debido a la crisis financiera mundial, los países más afectados sorprendentemente son los países desarrollados y algunos países llamados «en desarrollo», a pesar del contexto adverso, han experimentado tasas de crecimiento positivas. De acuerdo a datos estadísticos del Banco Mundial, la tasa de crecimiento económico del mundo para el año 2009 fue de –0,7%, las economías desarrolladas y la Unión Europea tuvieron un crecimiento negativo de 3,9% y América Latina y el Caribe, –1,7%, mientras que el este asiático tuvo 7,1% de crecimiento y el sur asiático, 6,2%[8].

5 Sen, Amartya. *Development as Freedom*. Nueva York: First Anchor Books, 1999, p. xi.
6 Banco Mundial. *Informe sobre desarrollo mundial 2010. Desarrollo y cambio climático*. Washington, 2010, p. 1.
7 L. cit.
8 Ibídem, p. 2. En el 2010, el Banco Mundial muestra que el mundo y todos los bloques obtuvieron tasas de crecimiento positiva.

Los países que no han sufrido los impactos de esta crisis económica son principalmente países emergentes como India y la China, o como Perú de este lado de la región. Las economías emergentes o las BRIChS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica), como se les conoce, han reconfigurado un nuevo orden económico mundial. La mayor producción del mundo proviene de estos países, pero también son países que tienen al interior altos niveles de pobreza y desigualdad, así como en otras regiones del mundo. Todavía existen poblaciones con necesidades básicas insatisfechas y «continúan siendo enormes, y, por primera vez en la historia, este año se ha superado el umbral de los 1.000 millones de personas hambrientas». Estas privaciones obligan a los estados a seguir pensando en la lucha contra estas condiciones adversas, por lo que «el crecimiento y la mitigación de la pobreza continúan siendo la prioridad dominante para los países en desarrollo»[9].

Previo al período de la crisis financiera del 2008, el mundo experimentó niveles de crecimiento económico global, los cuales vinieron acompañados de altos niveles de consumo. Según el informe sobre el estado del mundo en 2004 publicado por el Instituto Worldwatch, desde la década de 1960 hasta ahora, el consumo se ha cuadriplicado, sin embargo, las personas no son felices, la calidad de vida de la población ha disminuido, sufren más enfermedades, son más vulnerables a riesgos naturales y están expuesto a un deterioro ambiental evidente. «Más de 1700 millones de personas en todo el mundo ingresaron durante gran parte del siglo pasado a la "clase consumista" y adoptaron dietas, sistemas de transporte y estilos de vida hasta ahora limitados a Europa, América del Norte y Japón […]. El apetito consumidor sin precedentes destruye los sistemas naturales de los que todos dependemos y hace aun más difícil que los pobres satisfagan sus necesidades básicas»[10].

Cabe señalar que la crisis económica no es la única que experimenta el mundo, a esta hay que agregarle la crisis energética y ambiental y esto afecta especialmente a los países en desarrollo. La población del mundo está consumiendo bienes y servicios a un ritmo insostenible[11] y con graves consecuencias para el bienestar de las personas y del planeta. Este comportamiento está provocando cambios ambientales globales, uno de ellos es el cambio climático, que se está presentando como una amenaza sobre todo para los países en desarrollo.

9 Ibídem, p. 1.

10 «Crece el consumo en el mundo: más ricos, más gordos, pero no más felices». *Clarín* (http://edant.clarin.com/diario/2004/01/09/i-02201.htm), 09/01/2004.

11 Actualmente el mundo utiliza el equivalente de un planeta y medio para proveer los recursos que necesitamos y absorber nuestros desechos. El problema es que solo tenemos un planeta. Las proyecciones señalan que, en un escenario moderado, en el 2050 necesitaremos tres planetas (Global Footprint Network. «World Footprint. Do We Fit on the Planet?» (http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/gfn/page/world_footprint/), 2008)..

II. CRISIS DEL MODELO DE PRODUCCIÓN Y CONSUMO Y SU EFECTO EN EL MEDIO AMBIENTE

En el mundo —y en nuestro país en los dos últimos años a propósito de las elecciones presidenciales— se ha discutido mucho sobre el modelo de desarrollo que queremos. Sobre este asunto hay muchos debates académicos y políticos y también muchos deseos sobre el tipo de modelo que debemos tener, un modelo de desarrollo con inclusión social, desarrollo sostenible, un desarrollo humano, etcétera. Lo cierto y lo concreto es que seguimos dominados por el modelo de desarrollo económico que surgió en los años cincuenta como respuesta a la crisis económica de los países después de la segunda guerra mundial[12]. El fin de este modelo, como se dijo en líneas anteriores, es tener altos niveles de productividad, es decir, mientras más se produce, más desarrollado se encuentra un país, sin embargo, esta premisa ha llevado a un agotamiento de los recursos naturales. Por ejemplo, si nuestro país basa su economía en la producción de muebles de madera, el insumo principal es la madera y esto se obtiene talando árboles y quizás sin ningún tipo de manejo racional y sostenible del bosque, lo que puede llevar a la desaparición del mismo.

Una de las críticas al modelo de desarrollo económico es que al aumentar la producción, esta no es distribuida de manera equitativa, es decir, *la torta se amplía, pero no se reparte en partes iguales para todos*, pero aumentar la producción significa también ejercer una presión sobre los recursos naturales. A partir de la década de los años cincuenta se discute sobre nuevos enfoques de desarrollo que surgen como crítica al modelo anterior. Por ejemplo, el modelo de desarrollo con igualdad surge por la desigual distribución del modelo de desarrollo económico, y el modelo de desarrollo como necesidades básicas surge porque el modelo de desarrollo con igualdad no garantiza que las personas mejoren su calidad de vida. En este contexto es cuando aparecen las preocupaciones por el deterioro del medio ambiente en el mundo. En 1972 se reunieron por primera vez, en Estocolmo, 113 países para discutir sobre cuestiones ambientales internacionales y la situación del medio ambiente, uno de los principales acuerdos fue que estas cumbres se debían realizar cada diez años para hacer una evaluación de la condición del medio ambiente. Esta cumbre concluyó con una Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano que contiene 24 principios sobre el medio ambiente y el desarrollo, así como un plan de acción con 109 recomendaciones.

En el año 1982 la cumbre mundial se realizó en la ciudad de Nairobi. La idea era que esta fuera la Cumbre Oficial de la Tierra, sin embargo, las circunstancias bélicas derivadas de la guerra fría, hicieron fracasar

12 VALCÁRCEL, Marcel. Ob. cit., p. 9.

cualquier acuerdo. En el año 1987, la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo, liderada por la primera ministra noruega Gro Harlem Bruntland, elaboró el informe «Nuestro futuro común», donde se acuña por primera vez el término desarrollo sostenible y lo define como: «aquel que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». Años después, la cumbre en Río de Janeiro en 1992 marca un hito importante al establecer la agenda 21 y plantear temas claves como el cambio climático, la biodiversidad y la eliminación de sustancias toxicas.

Una de las cuestiones importantes en la cumbre de Río 92 fue el acuerdo unánime que el modelo de producción y consumo predominante es el que ha llevado al deterioro del medio ambiente:

> [...] las principales causas de que continúe deteriorándose el medio ambiente mundial son las modalidades insostenibles de consumo y producción, particularmente en los países industrializados […]. Aun los niveles actuales de consumo y producción, basados en la superficie productiva media ecológica mundial, superan en un 25% la capacidad ecológica de la Tierra, lo que significa que incluso a los niveles actuales, la humanidad está gastando el capital natural del planeta a un ritmo considerable[13].

Esta cumbre se comprometió y estableció convenios en temas como el cambio climático, la diversidad biológica y la lucha contra la desertificación, que luego se ratificaron en protocolos. Protocolos como el de cambio climático en Kyoto, donde los países industrializados se comprometieron a reducir sus niveles de emisión de gases de efecto invernadero (GEI) y se crearon mecanismos de mercado de carbono para compensar estas emisiones a través de los servicios ecosistémicos que los bosques prestan como sumideros de carbono.

En la cumbre mundial de Johannesburgo, en el año 2002, el resultado arrojó que los países no cumplieron con los compromisos acordados en Río 92, con el consecuente aumento del deterioro de los ecosistemas en general. El hombre se convirtió en el principal destructor de su bienestar y de su entorno debido a la gran presión que ejerce sobre los recursos naturales y al parecer le es indiferente la sostenibilidad de los mismos. Es un ser más egoísta, solo piensa en el hoy y no piensa en las necesidades y la satisfacción de las generaciones futuras.

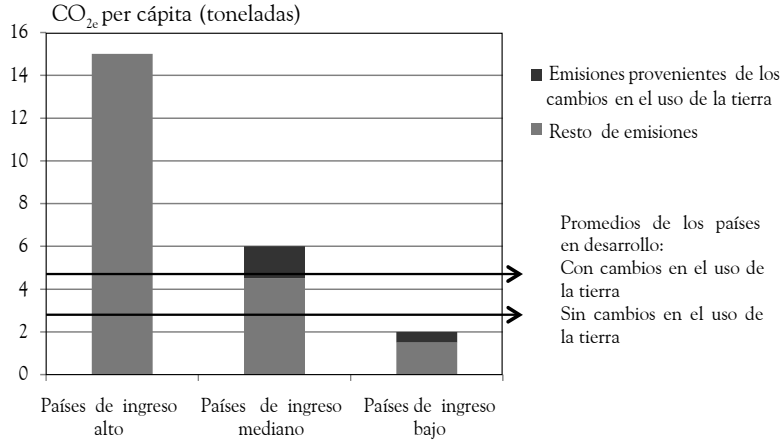
13 Organización de las Naciones Unidas. «Síntesis. Modelos de consumo y producción». Cumbre de Johannesburgo 2002 (http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/modelos_ni.htm).

El Banco Mundial señala que:

> [...] ha habido una fuerte relación entre mayores niveles de riqueza y prosperidad y mayor producción de gases de efecto invernadero, pero esta relación no es inevitable. No puede decirse lo mismo de algunos modelos de consumo y producción. Aun cuando se excluyan los países productores de petróleo, las emisiones per cápita en algunos países de ingreso alto son cuatro veces mayores que en otros[14].

El gráfico siguiente muestra claramente el nivel de emisiones según los niveles de ingreso, a pesar de que los países de ingreso bajo aportan menos GEI, su aporte es importante y sobre todo porque se originan en los cambios en el uso del suelo.

Gráfico 1. Huellas de carbono desiguales: emisiones per cápita en países de ingreso bajo, mediano y alto (2005)



El crecimiento económico de los países, o, como ya se mencionó, los modelos de producción y consumo actuales, están generando más cantidad de CO_2, lo que contribuye a un aceleramiento del cambio climático. Al mismo tiempo, la sociedad del conocimiento se expande a límites incalculables, el hombre experimenta sobre otros individuos, sobre animales, sobre las especies vegetales, etcétera, destruye y «crea». Un ejemplo es el de los organismos genéticamente modificados, que se justifican por la escasez de alimentos en el mundo, pero muchos países que generan excedentes de cereales los arrojan al mar, el problema entonces no es de escasez de alimento, sino de distribución de los mismos[15].

14 Banco Mundial. Ob. cit., p. 2.
15 Cely, Gilberto (ed.). *Bioética. Humanismo científico emergente.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto de Ética, 2009, p. 75.

Sin embargo, ni el crecimiento económico ni el avance científico están mejorando la calidad de vida de las personas, a pesar de la reducción de los niveles de pobreza, estos persisten en muchas regiones. Según el Banco Mundial,

> [...] una cuarta parte de la población de los países en desarrollo continúa viviendo con menos de US$ 1,25 al día. Unos 1000 millones de personas carecen de agua potable; 1600 millones, de electricidad, y 3000 millones, de servicios de saneamiento adecuados. La cuarta parte de todos los niños de países en desarrollo están malnutridos[16].

Además del contexto social de los países en desarrollo aún deprimentes, estos países

> soportarán la carga principal de los efectos del cambio climático, al mismo tiempo que se esfuerzan por superar la pobreza y promover el crecimiento económico. Para estos países, el cambio climático representa la amenaza de multiplicar sus vulnerabilidades, erosionar los progresos conseguidos con tanto esfuerzo y perjudicar gravemente las perspectivas de desarrollo[17].

III. LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN HUMANA EN LA NATURALEZA

Muchos autores y organismos internacionales, como el Banco Mundial, señalan que, de continuar con el modelo actual de producción de alto consumo de carbono, las emisiones de CO_2 se duplicarían a mediados del siglo, lo que llevaría a escenarios catastróficos, debido al aumento de temperatura por encima de los 5°C. Sin embargo, aún es posible evitar dicho escenario, pero solo si se logra un acuerdo y cambio a través de «una acción mundial concertada para adoptar las políticas adecuadas y tecnologías de bajo consumo de carbono». Con este cambio se podrá lograr tener una trayectoria más sostenible que limite el calentamiento a cerca de 2°C[18].

Los países continúan con el objetivo del desarrollo económico, los compromisos adoptados en Rio 92 no se han cumplido, los niveles de consumo son cada vez mayores, no solo en los países desarrollados, sino también en los desarrollados. Pero el crecimiento económico tiene límites y el umbral lo establece la capacidad de soporte del medio ambiente. Los niveles actuales de producción y consumo son insostenibles, se necesita más de un planeta para cubrir estos niveles, por ello se requiere un cambio y drástico, especialmente en

16 Banco Mundial. Ob. cit., p. viii.
17 Ibídem, p. v.
18 Ibídem, p. 189.

> [...] la mezcla de energía, de combustibles fósiles a energía renovable y posiblemente energía nuclear, con el uso generalizado de captura y almacenamiento de carbono (CAC). Esto, a su vez, requiere grandes reducciones de costos y la difusión de tecnologías de energía renovable, salvaguardias para contener los residuos nucleares y la proliferación de armas, y adelantos notables en las tecnologías, desde las baterías hasta la captura y almacenamiento de carbono[19].

Este cambio supone cambios fundamentales en el desarrollo económico, en los estilos de vida, patrones de consumo e imposición de «necesidades». El Banco Mundial señala que la recesión económica puede ser vista como una oportunidad pues puede hacer que «los gobiernos canalicen la inversión y estimulen la energía limpia y eficiente para cumplir los objetivos gemelos de revitalizar el crecimiento económico y mitigar el cambio climático»[20].

En la última cumbre mundial realizada en Río de Janeiro, denominada Rio+20, los Estados firmaron el documento «El futuro que queremos», donde se reconoce nuevamente la existencia de modelos insostenibles de producción y consumo, por lo que los países solicitan que «se adopten enfoques globales e integrados del desarrollo sostenible que lleven a la humanidad a vivir en armonía con la naturaleza y conduzcan a la adopción de medidas para restablecer el estado y la integridad del ecosistema de la Tierra»[21].

La preocupación actual es que uno de los cambios ambientales más importantes, como es el calentamiento global, afecta sobre todo a los países en desarrollo. Por ello la necesidad de adoptar medidas de adaptación al cambio climático en el más inmediato plazo para no empeorar las condiciones de vida de las poblaciones más vulnerables.

IV. EL ROL DE LA BIOÉTICA EN LA RELACIÓN DEL HOMBRE CON LA NATURALEZA Y LA CULTURA. UNA NUEVA ÉTICA DEL CONSUMO

Como se señaló líneas arriba, los países han estado concentrados en el crecimiento económico, los individuos han producido y consumido sin conciencia de las restricciones del planeta, los ecosistemas se destruyen cada vez más y en general nuestra actitud frente al medio ambiente ha sido de desidia y de indiferencia.

La ciencia y la tecnología se han desarrollado rápidamente y se posicionan en el imaginario colectivo como la única manera para

19 L. cit.

20 Ibídem, p. 190.

21 Organización de las Naciones Unidas. «El futuro que queremos. Documento final de la Conferencia». Rio+20 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf.pdf) 2012, p. 8.

otorgar bienestar a las poblaciones. El sentido de la sociedad dependerá de la manera ética como se construya el conocimiento y en segundo lugar de sus aplicaciones prácticas. Por ello es importante saber cuáles son los límites del hombre para intervenir en la naturaleza sin dañarla ni interferir en sus interrelaciones. Este avance tecnológico le da al hombre poder económico y político. Nunca como ahora, una simple criatura, como el hombre, ha podido acceder a tanto poder destructor, gracias al conocimiento convertido en demencia[22].

En un mundo donde la población cada vez crece más, la sociedad se ha vuelto una sociedad consumista de bienes inútiles en un «planeta que no tiene cómo crecer por que su existencia es limitada y finita»[23]. Estos problemas necesitan de respuestas éticas, requieren de un cambio en la visión y el sentido del mundo, en la conducta del individuo con relación a la vida personal, social y a la naturaleza y la producción de bienes y consumo[24]. La bioética en este sentido, aparece para dar directrices, pistas a los individuos sobre cómo conducirse de manera individual y en colectivo frente al medio ambiente. El origen de la bioética, en los años cincuenta, está relacionado con la medicina[25] y es recién en la década de los setenta, cuando en América Latina se empieza a discutir en el contexto de una moral reconciliadora del hombre con la naturaleza y su cultura.

Para Cely la bioética es «el puente para el diálogo entre todas las ciencias, es el lenguaje conciliador de intereses, que lleva a consensos comprometidos con el cuidado que los individuos hagamos de nosotros y de nuestra casa, para bien de la actual y futuras generaciones»[26].

La bioética nos dice que debemos actuar ahora pensando en nuestras necesidades, en nuestro entorno, pero también pensando en el futuro, «porque lo que hagamos hoy determinará el clima de mañana y las opciones que configurarán nuestro futuro»[27].

La sociedad debe cambiar las preguntas tradicionales de la economía de la producción, como qué y cuánto producir por las preguntas sobre el consumo, ¿qué se consume? ¿quién consume? y ¿quién decide lo que se consume? La bioética nos permite repensar en este aspecto sobre el consumo de necesidades básicas y no de bienes superfluos, en general, nos hace pensar en lo que consumimos para no seguir destruyendo[28].

22 Cely, Gilberto (ed.). Ob. cit., pp. 19-24.
23 Tealdi, Juan Carlos. *Diccionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: Unesco/Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética/Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 465.
24 L. cit.
25 Ibídem.
26 Cely, Gilberto (ed.). Ob. cit., p. 24.
27 Banco Mundial. Ob. cit., p. v.
28 Cortina, Adela. *Consumo…luego existo*. Intervención transcrita de Adela Cortina en una mesa redonda que sobre el tema del consumo organizó Cristianisme i Justícia en mayo de 2003..

V. REFLEXIONES FINALES

El modelo de producción y consumo ha llevado al planeta a una crisis ambiental global. El modelo de desarrollo actual no es compatible con la protección y conservación de los recursos naturales, al contrario, hay un consumo que sobrepasa los límites del planeta, consumimos como si tuviéramos otros planetas disponibles. Problemas persistentes, como la hambruna y la pobreza, son ahora compartidos por la crisis ambiental. Los países en desarrollo, además de luchar contra la pobreza y desigualdad, también deben hacer frente a los embates del cambio climático.

Las Organización de las Naciones Unidas, en su última cumbre Río+20, alerta de los escenarios catastróficos que nos deparan si es que seguimos en la misma senda de crecimiento. El Banco Mundial, en su informe del año 2010 sobre desarrollo y cambio climático, también hace un llamado a la acción y a una acción concertada, ya que este no es un problema de un solo país o un bloque, es un tema de todos.

> El problema del cambio climático no puede resolverse si los países no cooperan a escala mundial para mejorar la eficiencia energética, desarrollar y desplegar tecnologías limpias, y ampliar los sumideros naturales que permitan absorber gases y proteger el medio ambiente. Debemos proteger la vida humana y los recursos ecológicos. Debemos actuar de común acuerdo y de un modo diferenciado y equitativo[29].

Asimismo, el Banco Mundial señala que el éxito no se debe solo a lo que los Estados implementen, sino principalmente a la conducta individual de los ciudadanos.

> Los individuos, en tanto ciudadanos y consumidores, determinarán el futuro del planeta. Si bien un creciente número de personas sabe sobre el cambio climático y cree necesario adoptar medidas, son muy pocos los que lo consideran una prioridad y demasiados los que no actúan cuando la oportunidad se presenta. En consecuencia, el mayor desafío reside en modificar comportamientos e instituciones, en particular en los países de ingreso alto. Es necesario introducir cambios en las políticas públicas (locales, regionales, nacionales e internacionales) para facilitar y hacer más atractiva la acción de empresas y ciudadanos[30].

Recibido: 25/07/2012
Aprobado: 17/08/2012

29 BANCO MUNDIAL. Ob. cit., p. v.
30 Ibídem, p. ix.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 337-342
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Historia de la bioética en el Perú en el siglo XX

ROBERTO LLANOS ZULOAGA*

En el Perú, la bioética no ha adquirido todavía identidad propia. La bioética es algo más que los problemas éticos de la práctica médica. Una de las conquistas de la bioética es que en todas las entidades de salud exista el Comité Hospitalario de Ética (CHE), mientras que entre nosotros se desea todavía que el Comité de Ética del Colegio Médico resuelva todos los problemas e igualmente que la Comisión Nacional de Lucha contra el Sida resuelva todos los problemas de esta pandemia.

La primera tesis sobre eutanasia, y la publicación del libro consiguiente por la Universidad Peruana Cayetano Heredia, ya es una realidad[1]. Los medios de comunicación, por otra parte, con relativa frecuencia tratan de mentalizar a la población combatiendo los prejuicios que llevan a que las personas no permitan que sus órganos sean extraídos para salvar otras vidas. Esperamos llegar a ser testigos de los frutos de este movimiento.

Es necesario crear comités de bioética que regulen las acciones médicas relacionadas con los trasplantes de órganos. Este hecho, unido a otros numerosos, evidencia que en el Perú se ha iniciado la etapa de reconocimiento de esta disciplina.

Estos principios, que respondían al pensamiento humanístico de su tiempo, ofrecían la base para que en el resto del mundo empiece a desarrollarse hace treinta años la posición polémica de la bioética. La bioética es el conjunto de conocimientos científicos que estudian la transformación tecnológica de la medicina y es además la respuesta racional a los problemas morales, políticos y sociales que plantean las formas de atención a la salud humana, con la única finalidad de producir beneficio en las intervenciones biomédicas.

Honorio Delgado explicó siempre en sus clases, libros, y en la comunicación personal que la medicina tiene una dimensión triple: es científica, profesional y asistencial y además juega un rol decisivo en el cambio tecnológico y axiológico de nuestra cultura.

Honorio Delgado brindó en sus clases y libros la información necesaria para considerar lo que hoy en día se conoce como los tres niveles de la bioética, a saber:

1. Macroética: la ética ambiental, ecológica, biomédica y planetaria.

* Doctor en medicina, trabaja en la Clínica Ricardo Palma, Lima, Perú

1 MONTORI, Víctor. *Medicina Ethica et Thanatos*. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 1996.

2. Mesobioética: la ética de la intervención biotécnica sobre la vida humana, comprendiendo principalmente al nacimiento, desarrollo humano, la muerte, el aborto y a la eutanasia entre otros.

3. Microbioética: la ética médica, propiamente dicha, y que comprende a la relación terapéutica y la atención de la salud.

A través de sus enseñanzas sobre las relaciones entre la filosofía, la medicina, la epistemología y la antropología médica, Honorio Delgado se ocupa de la bioética, principalmente a la meso y microbioética. Algunas de sus enseñanzas principales relacionaron la medicina y la filosofía.

La filosofía, cuando ingresa a la medicina, recorre los planos clásicos de la ontología, gnoseología y la ética, según se trate de patología clínica o terapéutica. Honorio Delgado propició esta enseñanza en el Perú y dejó el reto de su continuación a las universidades peruanas.

Honorio Delgado dejó la enseñanza de que medicina significa meditación y cura del hombre enfermo. La vida médica sin meditación no es vida. La vida médica es metafísica, lógica y moral, vale decir, filosofía médica en ejercicio. Mientras exista más tecnología, más importante será el pensamiento crítico. Mientras exista menos pensamiento crítico, más peligroso y costoso será el ejercicio de la medicina.

El movimiento bioético en el Perú se inicia en 1990 cuando la Junta Directiva del Colegio Médico de aquel año inicia la convocatoria a mesas redondas a una veintena de médicos con vocación ética, bioética y deontológica. Ese año se formó una comisión integrada, entre otros, por Guillermo Contreras y Salomón Zavala, pero que no continuaron la labor iniciada.

En junio de 1991 fue ideada en Caracas la Federación Latinoamericana de Instituciones de Bioética (FELAIBE) por los doctores Pablo Pulido (médico venezolano, director ejecutivo de la Federación Panamericana de Facultades y Escuelas de Medicina), José Alberto Mainetti (humanista argentino, director del Centro Oncológico de Excelencia [COE]) y Alfonso Llano Escobar S.J. (director del Centro Nacional de Bioética de Colombia [CENALBE]). Hasta este instante el Perú no tenía representación en ninguna de estas instituciones y es posterior a este encuentro que el director del COE, por recomendación de especialistas chilenos (Fernando Lolas entre otros), invita al doctor Roberto Llanos al siguiente encuentro.

En diciembre de 1991 se llevó a cabo, en Argentina, bajo los auspicios del COE de Argentina, el I Encuentro, al cual asistieron representantes del Perú, y durante el cual se dio comienzo a la fundación, se aprobaron los estatutos, se levantó el acta notarial y se obtuvo personería jurídica.

El doctor Llanos recibió el pedido de la OPS de redactar un artículo sobre la bioética en el Perú, el cual salió publicado en inglés y español en el boletín de la OPS en 1992, y de organizar el grupo de trabajo de bioética en el Perú.

En 1992 se llevó a cabo el II Encuentro en Villa de Leyva, Colombia, en donde se terminó el proceso de fundación y se hizo un Plan Trienal de Trabajo. En este encuentro se pidió al Perú que organice la siguiente reunión. Con este motivo se funda la Asociación Peruana de Bioética (ASPEBIO), entidad que recibe la representación oficial del Perú de FELAIBE. En 1993 se realizó en Lima el III Encuentro, en el campus de la Universidad del Sagrado Corazón, encuentro de grata recordación y de alto nivel científico.

En 1994 se llevó a cabo el IV Encuentro en Guanajuato–México, organizado por el doctor Gabriel Cortés Gallo. El V Encuentro se llevó a cabo en 1995 en Saõ Paulo, Brasil, organizado por el doctor Alfonso Renato Meira. En esta reunión se llevó a cabo el Primer Congreso de Bioética de América Latina y el Caribe, y se tomó la decisión de seguir realizando encuentros por lo menos cada dos años.

ASPEBIO busca fomentar el estudio interdisciplinario de los problemas creados por la tecnología moderna y su solución ética; promueve, apoya y difunde la enseñanza de la bioética en las facultades de medicina e instituciones de salud. Desde 1998 se tiene la esperanza de crear institutos y centros de bioética, así como de promover la investigación y difusión de este movimiento humanista.

El presidente actual de la Asociación Peruana de Bioética es el doctor en medicina Roberto Llanos Zuloaga; el presidente de FELAIBE es el médico mexicano Manuel Velazco Suárez. La sede mundial de la Asociación Mundial de Bioética se encuentra en San Francisco, Estados Unidos de Norteamérica.

En el mes de marzo de 1993 se realizó la primera reunión preparatoria de la Asociación Peruana de Bioética, se invitó a setenta profesionales, de los cuales asistieron treinta y cinco: Roberto Llanos, Leopoldo Chiappo, Pilar Bandrés, Guillermo Contreras, Gino Costa, Patrick Wagner, Arturo Vasi, Melitón Arce, Rafael Arce Vela, Javier Mariátegui, Jorge Galarza, Sonia Indacochea, Luis Giusti, Miguel Exebio, Luis Parra, Guillermo Valladares, Patricio Hevia, David Alvarado, Juan Sime, Luis Sobrevilla, Francisco Rivera, Bernardo Regal, Mérida Aliaga, Raúl Cantella, Elio Quiroz, Blanca Neyra, Raúl Romero, David Alcántara, Walter Chanamé, Verna Alva, Estebán Rocca, Adriana Rebaza, Augusto Chang y Mercedes Escudero.

Luego de varias sesiones, se acordó el 2 de mayo de 1993 fundar la Asociación Peruana de Bioética, afiliada a la FELAIBE (Federación Latinoamericana de Instituciones de Bioética) y a la Asociación Internacional de Bioética. Firmaron el Acta de Fundación los siguientes treinta profesionales: Roberto Llanos, Jorge Galarza, Mercedes Escudero, Pilar Bandrés, Rafael Arce Vela, Leopoldo Chiappo, Augusto Chang, Luis Parra, Sonia Indacochea, Arturo Vasi, Francisco Rivera, Elio Quiroz, Miguel Exebio, Patrick Wagner, Guillermo Valladares, Patricio Hevia, Amanda Castillo, Víctor Espinoza, Guadalupe Maestre, Fernando León, Mariano Querol, Raúl Cantella, Luis Giusti, Juan Sime, José Valdez, Enrique Macher, Julio Garrido (Talara), Artidoro Cáceres y Aníbal Escalante.

La Junta Directiva que se eligió estuvo conformada por el presidente, doctor Roberto Llanos; vicepresidente, doctor Jorge Galarza; secretaria, doctora Mercedes Escudero; tesorera, doctora Pilar Bandrés; vocales, doctores Rafael Arce Vela, Leopoldo Chiappo, Augusto Chang, Luis Parra y Sonia Indacochea; presidente de la Comisión de Estatutos, doctor Arturo Vasi; presidente de la Comisión de Reglamentos, doctor Francisco Rivera; presidente de la Comisión de Economía, doctora Pilar Bandrés; presidentes de la Comisión de Actividades, doctores Elio Quiroz y Miguel Exebio; y presidente de la Comisión de Boletín, doctor Rafael Arce Vela.

A partir del mes de marzo de 1993 se han venido realizando las conferencias científicas mensuales el primer lunes de cada mes. Suman en total hasta el día de hoy sesenta y cinco y se han llevado a cabo en forma ininterrumpida. En un comienzo se llevaron a cabo en el auditorio de la Clínica Santa Isabel y desde 1994 en el de la Clínica Ricardo Palma. Las conferencias internacionales fueron dictadas por los siguientes visitantes: doctor Joaquín Clotet (Brasil), Ruth McKlin (Estados Unidos de Norteamérica) y Mahal Dacosta (Chile).

Los temas que se han tratado son los siguientes:

– técnicas reproductivas en ingeniería genética;
– derechos del paciente;
– bioética y morir;
– trasplante de órganos;
– bioética e invalidez;
– siglo XXI y bioética;
– bioética y anticoncepción;
– bioética, farmacodependencia y drogas placenteras;
– fundamentos de la bioética;
– bioética, violencia, psicosis y salud mental;

– ecología, filosofía y bioética;
– vida humana y bioética;
– psicoterapia y bioética;
– autonomía, consentimiento informado y bioética;
– aborto y bioética;
– diagnóstico psiquiátrico y bioética;
– Dante, *La divina comedia* y bioética;
– bioética en el paciente psiquiátrico institucionalizado;
– autopsia médica y bioética;
– tercera edad y bioética;
– bioética e investigación en seres humanos;
– SIDA y bioética;
– *Ética Médica et Thanatos*;
– aborto y bioética;
– diálogos del cuerpo y bioética;
– Honorio Delgado y la historia de la bioética;
– reproducción asistida y bioética;
– humanismo vitando, subversión, desarrollo y bioética;
– violación y bioética;
– pueblos amazónicos y bioética;
– secreto profesional y bioética;
– nacer con dignidad y bioética;
– Proyecto Genoma y bioética; y
– salud mental infantil y bioética.

El III Encuentro Latinoamericano de Bioética tuvo lugar en Lima del 6 al 10 de septiembre de 1993. Se trataron los siguientes temas: bioética médica y psicológica, fecundación, aborto, retardo mental, trasplante de órganos, eutanasia, ingeniería genética y morir con dignidad. El encuentro se llevó a cabo en el campus de la Universidad del Sagrado Corazón. La Asociación Peruana de Bioética contó con el apoyo de la Asociación Médica Peruano-Alemana. Fueron invitados al encuentro la doctora Reyna de Klotik, Celia Bordim, Marta Fracaparri, Liliana Gianncarini, Juan Carlos Tealdi, y el R.P. Alberto Bochatey (Argentina); los doctores Renato Neyra, E. Francisconi y Joaquim Clotet (Brasil); el R.P. Alfonso Llano, César Sánchez, María Marchand, María Mercedes Hackespiegel, Ricardo Cely y H. Seminario (Colombia); Jorge Hernández y Luis Díaz (México).

La Asociación Peruana de Bioética ha establecido relaciones con diversas entidades foráneas, de esta forma recibe publicaciones periódicas, tales como, por ejemplo, la revista *Medicina y Ética* de la Universidad de Anahuac que se edita conjuntamente con la Universidad del Sagrado Corazón de Roma; la revista *Bioética* de la Universidad de Rio Grande do Sul, Brasil; y la revista del Consejo Federal de Ética Médica del Estado de Rio de Janeiro. La Comisión de Bioética del Senado de Estados Unidos de Norteamérica recibe información periódica de nuestras actividades; el Programa Regional de Bioética de la OPS (Santiago de Chile) envía sus publicaciones periódicas, así como la Università di Padova, la Université de Paris, etcétera.

El nacer con dignidad abre camino a la discusión sobre reproducción, concepción y embriología humana. El vivir con dignidad, ubica a la problemática del discapacitado, la calidad de la vida humana y dentro de ella la aceptación social. La bioética propulsa la rehabilitación. Rehabilitar significa habilitar seres humanos discapacitados e igualmente habilitar profesionales de la salud y educación de manera óptima y sin apremios sociales a fin de que puedan cumplir a cabalidad su vocación.

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 343-344
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Concurso de Investigación Derecho PUCP 2012

Con el objeto de promover la investigación de los(as) estudiantes universitarios a nivel nacional, la revista *Derecho PUCP* y el Observatorio de Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho PUCP organizaron el «Concurso de Artículos: Bioética y Desarrollo». Se recibieron 28 trabajos provenientes de estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad San Martín de Porres, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Universidad Nacional de Piura, Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco y de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo.

El Jurado encargado de evaluar dichos trabajos estuvo conformado por los doctores Marisol Fernández (PUCP), Alfredo Benavides (Colegio Médico del Perú), Edwin Vásquez (Universidad Antonio Ruiz Montoya), Teodora Zamudio (Universidad del Museo Social/UBA, Argentina) y Paula Siverino (PUCP).

Alejandra Guillén Lazo, estudiante de la PUCP, obtuvo el mayor mérito en el presente concurso con su artículo titulado «La ortotanasia y su problemática en el Perú».

Reseña del artículo: «La ortotanasia y su problemática en el Perú»

Alejandra Guillén nos introduce en un tema bastante controversial relacionado con el derecho a la vida y la dignidad humana: el tratamiento del paciente terminal en el Perú. En ese sentido, ¿debería respetarse la decisión del paciente terminal de no emplear medios artificiales para prolongar su vida?, y consiguientemente, ¿estaría el médico facultado para suspender el tratamiento médico ante la inminente muerte de su paciente?

Las anteriores interrogantes permiten evocar el escenario de la problemática tratada por la autora, quien realiza la presente investigación motivada por la posibilidad de mejorar las condiciones de salud del paciente terminal en el Perú. Para tal efecto, desarrolla las nociones de eutanasia y ortotanasia, así como demás conceptos relacionados, con el objeto de mostrar sus puntos coincidentes y sus diferencias para poder arribar a una definición de la ortotanasia.

Seguidamente, presenta un interesante análisis de la regulación normativa peruana de la ortotanasia, ligada a cuestionamientos de índole moral y ético, que permite a la autora proponer modificaciones

a la legislación peruana. Las mencionadas modificaciones serían conducentes a la regulación de esta práctica en nuestra legislación, lo cual permitiría que los médicos puedan actuar, respetando la dignidad del paciente y sus requerimientos.

CRÓNICA DEL CLAUSTRO

DERECHO PUCP
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

DERECHO PUCP
Nº 69, 2012
pp. 347-358
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

En el semestre 2012-0 y 2012-I se desarrollaron diversas actividades. Entre ellas, destacan las siguientes:

I. ACTIVIDADES DE LA FACULTAD

I.1. Seminarios y conferencias

– *Ceremonia de apertura del año académico de la Facultad de Derecho*. La ceremonia estuvo presidida por el Decano, doctor Alfredo Villavicencio, quien dio las palabras de bienvenida. Participaron los doctores Javier de Belaúnde, Giovanni Priori y Fernando Del Mastro, presidente y miembros, respectivamente, de la Comisión de Plan de Estudios de la Facultad de Derecho. Finalmente intervino el doctor Jorge Avendaño, profesor principal de la Facultad. Se realizó en el Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido. Fecha: 22 de marzo.

– *Sesión informativa para estudiantes de primer ciclo*. Se trataron los principales temas académicos y administrativos relacionados con sus estudios en la Facultad. Se contó con la presencia de la Secretaria Académica de la Facultad, doctora Gabriela Ramírez. Se realizó en el Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido. Fecha: 29 de marzo.

– *II Conversatorio interdisciplinario. El lavado de activos: la unidad de inteligencia financiera y el rol del notariado*. Organizado por la Facultad de Derecho, el Instituto Riva-Agüero, el Colegio de Notarios de Lima y la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú. Se realizó en el Auditorio de Derecho. Fecha: 16 de abril.

– *V Congreso Nacional de Derecho Administrativo.* Tuvo como objetivos analizar el procedimiento administrativo, empleo público, contratación pública, contencioso administrativo e intervención del Estado en la economía. Se realizó en el Polideportivo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fecha: 3, 4 y 5 de mayo.

– *Conferencia. Derecho en Europa y derecho en América Latina: perspectivas histórico–jurídicas.* El profesor doctor Thomas Duve, Director del Instituto Max Planck para Derecho Europeo, estuvo a cargo de la exposición que fue comentada por destacados profesores de la Facultad de Derecho. Fecha: 31 de mayo.

– *Seminario. Gobierno corporativo: ¿por qué?, ¿para qué?* El evento se realizó en el Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido,

fue inaugurado por la superintendente del Mercado de Valores, doctora Lilian Rocca. Contó con la participación de Enrique Díaz, Julio Salas, Miguel Puga, Claudia Drago, Gino Michelini y Liliana Casafranca. Fecha: 5 y 6 de junio.

– *Presentación de la revista Derecho PUCP.* Este número de la revista tuvo como eje central «El rumbo de la reformas laborales: balance y perspectivas». Los ponentes que participaron fueron los doctores Carlos Blancas, Mario Pasco, Elmer Arce, Martha Tostes y el alumno Renato Constantino. Fecha: 21 de junio.

I.2. Sustentaciones de expedientes y tesis para optar por el título de abogado

– Durante el ciclo 2012-0 y 2012-1, se llevaron a cabo 169 sustentaciones de expedientes y 17 sustentaciones de tesis. Trece de las tesis obtuvieron la mención de «sobresaliente».

II. ACTIVIDADES DEL DEPARTAMENTO

II.1. Coloquios y conversatorios especializados

– «Ser positivista en tiempos del Neoconstitucionalismo». Disertación del profesor Rafael Escudero de la Universidad Carlos III de Madrid. Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional, área de Teoría General de la Facultad de Derecho. Fecha: 22 de junio.

– «El nuevo constitucionalismo de América Latina» a cargo de Lucas Arrimada, investigador adscrito del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Círculo de Argumentación Jurídica y Filosofía del Derecho. Fecha: 13 de junio.

II.2. Cursos del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)

– «Mejoramiento de los servicios de justicia. Programa de especialización para el fortalecimiento y la materialización de de la Nueva Ley Procesal del Trabajo», a solicitud del equipo técnico de implementación del Nuevo Código Procesal Laboral, Banco Mundial. Fecha: del 24 de noviembre de 2011 a la actualidad.

III. ACTIVIDADES DE PROSODE (PROYECCIÓN SOCIAL DE DERECHO)

Es importante resaltar que en este primer semestre del año 2012 hemos contado con la participación de 62 estudiantes matriculados en el curso, asimismo, 6 colaboradores (voluntarios) y 2 estudiantes de la Universidad Pública de Navarra (España) que hicieron un total de 70 estudiantes participando en el curso. Así posibilitaron la realización de las siguientes diversas actividades durante este ciclo:

III.1. Asesoría legal

- Se pone en contacto a los alumnos con casos concretos presentados en forma directa por los propios involucrados, motivando que el estudiante participe activamente en la atención y seguimiento judicial de los procesos. De esta manera, y en aplicación del método clínico, los alumnos tienen la oportunidad de iniciar su labor de futuros abogados, pues deben conocer el caso en su aspecto jurídico/legal y diseñar estrategias de defensa, contribuyendo a que la justicia sea un derecho accesible a las personas y, por otro lado, enriqueciendo o reforzando su formación académica.
- En el semestre 2012-1 se tuvo un total de *1725 atenciones* de las cuales *860* constituyen *atenciones nuevas* y un total de *185 procesos judiciales*, los mismos que se encuentran en trámite hasta junio de 2012, lo cual ha permitido facilitar el acceso a la justicia de ciudadanos pobres y de extrema pobreza.
- En cuanto a las cifras de atenciones de nuestros consultorios, presentamos el siguiente cuadro:

Estadística 2012-1 de asesoría legal

Área Asesoría Legal	CJG	Total de atenciones	Atenciones antiguas	Atenciones nuevas	Procesos en trámite	Demandas ingresadas	Demandas fundadas	Alumnos
agosto – diciembre 2012	PUCP	442	163	279	36	16	03	06
	Canto Grande	281	121	160	21	07	00	03
	La Recoleta	530	283	247	23	04	00	06
	Callao	143	74	69	23	04	00	06
	Barranco	329	224	105	82	15	08	03
TOTAL		**1725**	**865**	**860**	**185**	**46**	**11**	**24**

Casos por temas vistos en los consultorios jurídicos

Área Asesoría Legal	CJG	Familia	Civil	Laboral	Administrativo	Penal	Previsional	Tributario	Constitucional	Otros
febrero –julio 2012	PUCP	124	74	13	22	26	16	00	04	00
	Canto Grande	72	60	02	02	06	03	00	00	14
	La Recoleta	69	107	22	15	02	26	03	00	03
	Callao	32	22	06	01	02	02	00	00	02
	Barranco	95	09	00	01	01	01	00	00	00
TOTAL		**392**	**272**	**43**	**41**	**37**	**48**	**03**	**04**	**19**

III.2. Difusión legal

– Los alumnos informan y reflexionan sobre temas jurídicos de interés a través de la radio. En la primera mitad del año se ha tenido participación en dos emisoras radiales: Radio La Luz (1080 AM) y Radio Nacional (1039 FM y 150 AM) con el objeto de orientar a la comunidad acerca del conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, ello siempre con miras a contribuir con la formación ciudadana y la generación de espacios de participación.

– El programa «El Derecho a tu Alcance» ha sido emitido permanentemente durante el primer semestre los días sábados a las 12:00 m. en Radio La Luz. Han participado en él los estudiantes, profesores y jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima a través del Programa Social «Justicia en tu comunidad».

– El programa «El Derecho a tu alcance» tuvo, en el semestre 2012-1, un total de 66 llamadas al aire (consultas jurídicas) entre sus *veintiún* programas emitidos, teniendo como promedio tres llamadas por programa, principalmente de zonas vulnerables como los distritos de Carabayllo, Los Olivos, Comas, Lince, San Juan de Lurigancho, San Martín de Porres, San Miguel, Cercado de Lima y Ventanilla. Asimismo, en el programa «A la hora de siempre», en Radio Nacional, se realizaron catorce programas emitidos.

– Durante los meses de enero a julio se publicaron dos ediciones del Boletín *Construyendo Justicia* de seis páginas cada uno, teniendo como eje temático la responsabilidad social en la educación universitaria y el derecho de consulta previa, gracias

al financiamiento de la Dirección Académica de Responsabilidad Social además de ser colgados en el blog de PROSODE (http://blog.pucp.edu.pe/prosode).

III.3. Educación legal

– Tiene como objetivo promover la formación ciudadana y la defensa y protección de los derechos de niños y adolescentes, mediante el dictado de charlas y talleres a los alumnos de quinto y sexto grado de primaria, y primero y segundo de secundaria de colegios estatales a cargo de los alumnos de derecho. De esta manera, esta área se inserta dentro de la corriente del *Street Law*, la cual se creó con la finalidad de buscar un camino para facilitar información jurídica relevante para la vida diaria de los jóvenes.

– Durante el primer semestre se realizaron cinco talleres en los colegios Fe y Alegría número 1 ubicado en San Martín de Porres y en el colegio República de Paraguay ubicado en el Centro de Lima. Además, se realizaron dos talleres para la comunidad de San Juan de Lurigancho y las Mujeres del Programa «Mamis» del Taller de los Niños de Canto Grande. A partir de esos esfuerzos, se cuenta con más de doscientos beneficiarios entre adolescentes y adultos.

III.4. Penal-penitenciario

El área tuvo cinco alumnos inscritos más dos colaboradores (una exalumna y un miembro de Iter Críminis) en el semestre 2012-1. El consultorio del área se instaló en los ambientes del auditorio del adulto mayor, en el penal de San Pedro, en Lurigancho. Complementariamente a las visitas al penal de Lurigancho se coordinó con los alumnos visitas al Palacio de Justicia, a las sedes del Poder Judicial en Lima y Lima Norte, al Ministerio Público en la avenida Abancay (ex Ministerio de Economía) y al Archivo Penal en Barrios Altos, a fin de hacer el seguimiento directo de los casos de los internos. Al final del semestre, los estudiantes interactuaron con los internos en los talleres de cerámica, zapatería y metalúrgica. Durante el semestre se ha atendido 32 casos y se ha patrocinado 15.

III.5. Actividades multidisciplinarias de los alumnos de PROSODE y de Psicología Forense

Se realizó una actividad multidisciplinaria en el Penal Modelo de Ancón II con los alumnos del Área de Penal Penitenciario de PROSODE y los alumnos del curso de Psicología Forense de la Facultad de Psicología,

quienes dictaron tres charlas de responsabilidad dentro del Penal a sesenta internos divididos en tres grupos, contando con el soporte psicológico de los alumnos de la mencionada facultad.

III.7.- Actividades extracurriculares

II.7.1. Talleres de capacitación y asesoría legal

– Jornadas de asesoría legal y capacitación en Canto Grande con la ONG Taller de los Niños

  Se realizaron dos jornadas de asesoría legal gratuita y dos talleres de capacitación dirigidos a la comunidad de San Juan de Lurigancho y Mujeres del Programa «Mamis» del Taller de los Niños de Canto Grande, mediante las cuales se facilitó información y asesoró sobre temas muy relacionados con la efectividad de derechos fundamentales, como el derecho de reconocimiento de paternidad y alimentos. Hubo un total de 133 beneficiarios.

II.7.2. Participación en conferencias y otros

– Seminario internacional de enseñanza clínica y acceso a la justicia

  El profesor-coordinador de PROSODE participó como expositor sobre la experiencia de PROSODE en el Seminario Internacional organizado por la Universidad Central de Chile, en Santiago de Chile y La Serena. Participaron profesores de Colombia, Argentina y Chile. Fecha: marzo de 2012.

– Proyecto Interdisciplinario Mesa de Penales

  Se ha participado en múltiples reuniones con el fin de implementar un proyecto de trabajo multidisciplinario con la especialidad de Psicología en el Establecimiento Penitenciario Modelo de Ancón II. Asimismo, se ha realizado una visita al centro penitenciario mencionado con el fin de hacer una evaluación y ver de qué manera la Pontificia Universidad Católica del Perú puede intervenir en dicho establecimiento. A lo largo del presente año y ciclo 2012-2 siguiente se va a tener más reuniones para definir las actividades que pudiéramos realizar para beneficio de los internos.

II.7.3. Proyectos de desarrollo social

– Convenio con el programa «Justicia en tu Comunidad»

  En mayo del presente año se realizó la firma del convenio de colaboración con la Corte Superior de Justicia de Lima, con el fin de apoyar el programa de proyección social denominado «Justicia en tu Comunidad» (coordinadora: doctora Carmen

Julia Cabello). Participaron en la ceremonia el Rector, el Decano de la Facultad de Derecho, el Secretario General, el Presidente de la Corte Superior de Lima y numerosos jueces.

– II Concurso de Investigación Jurídica de Responsabilidad Social
PROSODE y la Comisión de Responsabilidad Social de Derecho de la Dirección de Responsabilidad Social (DARS), lanzó la convocatoria a los alumnos y alumnas de la Facultad de Derecho, a participar en este concurso de investigación. Se elaboraron las bases del concurso y se designó como jurados a los profesores Elvira Méndez, Wilfredo Ardito y a un profesor de ciencias sociales.

– Alumnos extranjeros en PROSODE
Durante el semestre 2012-1, dos estudiantes de la Universidad Pública de Navarra (España) tuvieron un intercambio de corto plazo por convenio de las universidades. Así también, acudieron a los consultorios jurídicos gratuitos de PROSODE y participaron en otras actividades de nuestra institución bajo la tutoría del profesor coordinador de PROSODE.

II.7.4. Premios obtenidos

– Premio Responsabilidad Social Universitaria (RSU) 2012
Los profesores responsables de PROSODE, Iván Ortiz Sánchez, Rubén Quispe Cueva y Erika Zuta Vidal ganaron el Premio Docente a la Responsabilidad Social Universitaria 2012 PUCP por la unidad Derecho.

IV. ACTIVIDADES DE LAS ASOCIACIONES DE ESTUDIANTES

IV.1. *Derecho y sociedad*

– Seminario: *Temas de actualización laboral 2012.*
Realizado en el Auditorio de KPMG, Torre KPMG. Fecha: 22, 23 y 24 de febrero de 2012.
– *II Seminario de derecho administrativo sancionador.*
Realizado en el Salón de Eventos de Estudios Generales Ciencias (PUCP). Fecha: 2, 3 y 4 de abril de 2012.
– *II Seminario de minería, medio ambiente y relaciones comunitarias.*
Realizado en el Salón de Eventos de Estudios Generales Ciencias (PUCP). Fecha: 23, 24 y 25 de abril de 2012.
– Seminario: *Contratos, regulación y propiedad en Internet.*
Realizado en el Auditorio de Telefónica del Perú. Fecha: 7, 8 y 9 de mayo de 2012.

- Mesa Redonda: *Corrida de toros. ¿Cultura o tortura?*
  Realizado en el salón Z-313 (PUCP). Fecha: 18 de mayo de 2012.
- *Educación legal: aprendiendo juntos derecho ambiental.*
  Realizado en el colegio Señor de los Milagros número 047, El Agustino. Fecha: 21 de mayo de 2012.
- Conversatorio: *¿Por qué derecho?*
  Realizado en el salón L-101 (PUCP). Fecha: 24 de mayo de 2012.
- Mesa redonda: *La oralidad en el proceso civil: ¿solución o perjuicio?*
  Realizado en el Anfiteatro Monseñor Dammert Bellido.
  Fecha: 30 de mayo de 2012.
- *XIV Curso de Capacitación en Materia Tributaria y Contable.*
  Realizado en el Auditorio de la Facultad de Derecho.
  Fecha: 2, 9, 16 y 23 de junio de 2012.
- Cine foro: *Proyección con diálogo: orientación sexual y tolerancia.*
  Realizado en el salón L-322 (PUCP). Fecha: 21 de junio de 2012.
- *Talleres de Repaso D & S 2012-I.*
  Realizado en los salones Z-214, H-212, H-214 (PUCP).
  Fecha: 23 de junio de 2012.

IV.2. Taller de derecho

- *Minería ilegal y delitos forestales. Análisis de los principales cambios e innovaciones*. Organizado por el Equipo de Derecho Ambiental-Asociación Civil Taller de Derecho.
  Realizado en el salón Z-411, edificio Z (PUCP). Fecha: 13 de abril.

IV.3. *Themis*

IV.3.1. Cursos

- «Nuevos Desafíos para el Derecho Constitucional Económico». El día 23 de febrero colaboramos en el desarrollo de este seminario en el auditorio institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- «Semana del Consumidor 2012»

IV.3.2. Seminarios

- «Acceso a la información pública para luchar contra la corrupción»
  Seminario realizado el día 18 de abril en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la UNMSM. Fue organizado en conjunto con la ONG Suma Ciudadana.

– «Consulta Previa: de la norma a la realidad»
Seminario que se llevó a cabo los días 7 y 8 de junio en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP.

– «Ley General de Trabajo: en búsqueda de una legislación laboral uniforme»
Seminario que se llevó a cabo los días 11, 12 y 13 de junio en el Auditorio de la Fundación Telefónica.

IV.3.3. Publicaciones

– *THEMIS-Revista de Derecho* 61. Publicada en el mes de junio del presente año. Se dedicó el tema central a la inversión privada en el Perú, al haberse cumplido veinte años de iniciada una reforma integral en nuestra economía.

– Publicación «El derecho de acceso a la información en el Perú»
Este proyecto fue llevado a cabo en conjunto con la organización Suma Ciudadana.

– Disco compacto: «20 mejores artículos de Derecho de la Competencia»
Esta publicación recopila los veinte mejores artículos sobre el Derecho de la Competencia que han sido publicados por *THEMIS-Revista de Derecho* a lo largo de 47 años de vida institucional.

– Traducción y publicación de artículos en nuestro portal web «Enfoque Derecho».

– Lanzamiento de Histeria Internacional en «Enfoque de Derecho», un conjunto de entrevistas a personas especializadas en el tema del Derecho Internacional Público.

IV.3.4. Responsabilidad social

– Talleres en el Hogar Clínica San Juan de Dios. Se dictaron cuatro talleres de derecho en la escuela de Aprendo Contigo de la clínica, los temas tratados fueron denuncias, alimentos, violencia familiar y *bullying*.

– Feria vocacional en el Colegio Fe y Alegría de Pamplona Alta junto con el estudio Payet, Rey, Cauvi abogados.

– Convenio con la Municipalidad de Miraflores y el Estudio García Sayán para el dictado de talleres sobre denuncias y pensiones en la Casa del Adulto Mayor.

IV.3.5. Otras actividades

– Almuerzo de exmiembros de la Asociación Civil THEMIS

– Convocatoria para la selección de nuevos miembros

IV.4. *Ius et Veritas*

IV.4.1. Cursos

– Curso de Especialización en Proyectos de Obras de Infraestructura y Servicios Públicos. Realizado en el Anfiteatro Armando Zolezzi Möller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fecha: 16, 23 y 30 de junio de 2012.

– Curso de Actualización Tributaria

  Realizado en el Anfiteatro Monseñor José Dammert de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fecha: 14, 21 y 28 de abril y 5 de mayo de 2012.

IV.4.2. Seminarios

– Seminario «Nuevas Tendencias del Derecho Civil». Fecha: 11 y 12 de abril de 2012.

– Seminario «Nueva Ley Procesal del Trabajo: Alcances de su próxima aplicación». Realizado en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fecha: 13 y 14 de junio de 2012.

IV.4.3. Publicaciones

– Edición 44 de la revista *IUS ET VERITAS*

– Libro: *Procesal Constitucional*

– Libro: *Homenaje a Allan Brewer-Carías*

IV.4.4. Compromiso con la ética y la responsabilidad profesional

– Undécima contienda de ética «Abogados al Banquillo». Fecha: 18 de abril de 2012.

IV.5. Foro académico

IV.5.1. Cursos

– I Curso de Derecho Tributario Sectorial: «Minería, Hidrocarburos, Construcción y Precios de Transferencia», realizado en la Sala de Eventos de Estudios Generales Ciencias (PUCP). Fecha: 30 y 31 de marzo y 13 y 14 de abril

– IV Taller de Derecho Administrativo: «Contratación Pública: Licitación Pública vs. Subasta Inversa», realizado en la Facultad de Arquitectura y Urbanismo (PUCP). Fecha: 22, 23 y 24 de febrero.

– VI Curso de Derecho Tributario: «El Impuesto a la Renta y sus Implicancias en el Cierre Contable», realizado en la Facultad de Arquitectura y Urbanismo (PUCP). Fecha: 19 y 26 de mayo y 2 y 9 de junio.

IV.5.2. Eventos

– Conversatorio por el día internacional de la Lucha contra la Homofobia: «Análisis de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Karen Atala e hijas versus Chile», realizado en la Facultad de Educación (PUCP). Fecha: 18 de mayo.

IV.5.3. Publicaciones

– Boletín «Derecho y Star Wars... El Derecho en una galaxia muy, muy lejana...», realizado en la Facultad de Letras y Ciencias Humanas (PUCP). Fecha: 21 de junio.

IV.6. Círculo de Derecho administrativo

IV.6.1. Seminarios

– Seminario sobre Minería Informal. Realizado en el Auditorio de la Facultad de Ciencias Sociales y Aulas de Arquitectura (PUCP). Fecha: 17 y 18 febrero.

– I Seminario Especializado en Derecho de las Concesiones. Desarrollado en conjunto con el Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Realizado en el Auditorio Jorge Eugenio Castañeda de la UNMSM y en el Auditorio de la Facultad de Ciencias Sociales de la PUCP. Fecha: 17 y 24 de febrero y 2 de marzo.

– IV Seminario Derecho Administrativo: Consolidando Conceptos. Realizado en las Aulas de la Facultad de Arquitectura (PUCP). Fecha: 25 de febrero.

– I Módulos Especializados en Derecho Ambiental: Recursos Forestales, Hídricos & Mineros. Realizado en las aulas del Edificio McGregor (PUCP). Fecha: 27 de febrero y 7 y 9 de marzo.

– IX Taller de Actualización: Contrataciones del Estado. Realizado en el Auditorio de la Facultad de Ciencias Sociales (PUCP). Fecha: 8-10 de marzo.

– Seminario Especializado de Propiedad Intelectual. Realizado en el Auditorio de la Facultad de Ciencias Sociales (PUCP). Fecha: 16 y 17 de marzo.

– Seminario de Especialización en Electricidad. Realizado en el Auditorio de la Facultad de Derecho (PUCP). Fecha: 29 y 30 de marzo.

– Seminario de Temas en Derecho Administrativo: Contencioso Administrativo. Realizado en las aulas de la Facultad de Estudios Generales Ciencias (PUCP). Fecha: 21 de mayo.

– VI Seminario Especializado en Minería. Realizado en el Auditorio de la Facultad de Derecho (PUCP). Fecha: 25 y 26 de mayo.

– Seminario: Implementación de la Ley de Consulta Previa-Todos los enfoques. Realizado en el Salón Splendido del Miraflores Park Hotel. Fecha: 12 de junio.

IV.6.2. Publicaciones

– *Revista de Derecho Administrativo*, número 11. Desarrolla temas de proceso contencioso administrativo.

– *Boletín CDA en línea* – febrero de 2012. Reconocidos profesionales escriben sobre Derecho Constitucional, Derecho Electoral, Reforma del Estado, Derecho Minero, entre otros temas.

IV.6.3. Otras actividades

– Asimismo, el Círculo de Derecho Administrativo (CDA) auspició el V Congreso de Derecho Administrativo desarrollado por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, realizado los días 3, 4 y 5 de mayo de 2012 en el campus de la PUCP.

IV.7. Asociación Civil Iter Criminis

– *El caso Chavín de Huantar: ¿Héroes o villanos?* Realizado en el Auditorio de la Facultad de Ciencias Sociales, Auditorio Gustavo Gutiérrez (PUCP). Fecha: 18 de mayo.

DISTINCIONES ACADÉMICAS

Doctores Honoris Causa

Germán Bidart Campos
Rafael Caldera Rodríguez
Antônio Cançado Trindade
Javier Correa Elías
Miguel Cruchaga Tocornal
Francisco Fernández Segado
Héctor Fix Zamudio
Peter Häberle
Jutta Limbach
Pablo Lucas Verdú
Antonio Ojeda Avilés
Javier Pérez de Cuellar
Alessandro Pizzorusso
Américo Plá Rodríguez
Umberto Romagnoli
Néstor Pedro Sagües

Profesores Honorarios

José Félix Aramburú
Víctor Andrés Belaunde
Daniel O. Bernstine
Paolo Grossi
Gustavo Noboa Bejarano
Raúl Noriega Ayarza
Jiang Ping
Carlos Roberto Reina
Mozart Víctor Russomano
Tomás Salvador Vives Antón

Profesores Eméritos

De Althaus Guarderas, Miguel
Fernández Sessarego, Carlos

Profesores ordinarios activos de la Facultad de Derecho

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo
Albán Peralta, Walter Jorge
Avendaño Arana, Francisco Javier
Avendaño Valdez, Jorge
Avendaño Valdez, Juan Luis
Bernales Ballesteros, Enrique Martín
Blancas Bustamante, Carlos Moisés
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cárdenas Quirós, Carlos
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordóñez, Jorge Elías
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
De Trazegnies Granda, Fernando
Delgado Barreto, César Augusto
Eguiguren Praeli, Francisco José
Fernández Arce, César Ernesto
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor
Forno Flórez, Hugo Alfieri
García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Guevara Gil, Jorge Armando
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto
Hernández Berenguel, Luis Antonio
Kresalja Rosselló, Baldo
Landa Arroyo, César Rodrigo
Llerena Quevedo, José Rogelio

361

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Lovatón Palacios, Miguel David
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Méndez Chang, Elvira Victoria
Montoya Anguerry, Carlos Luis
Neves Mujica, Javier
Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
Ortiz Caballero, René Elmer Martín
Osterling Parodi, Felipe
Pasco Cosmópolis, Mario Martín
Peña Jumpa, Antonio Alfonso
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Quiroga León, Aníbal Gonzalo Raúl
Ramírez Díaz, Jorge Gregorio
Revoredo Marsano, Delia
Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
Rubio Correa, Marcial Antonio
Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
Salas Sánchez, Julio Moisés
Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
San Martín Castro, César Eugenio
Solís Espinoza, Alejandro Juvenal
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Viale Salazar, Fausto David
Villanueva Flores, María del Rocío
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Villavicencio Terreros, Felipe Andrés
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio
Zusman Tinman, Shoschana

Asociados

Aguilar Llanos, Benjamín Julio
Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
Arce Ortiz, Elmer Guillermo
Ardito Vega, Wilfredo Jesús
Becerra Palomino, Carlos Enrique

Blume Fortini, Ernesto Jorge
Boza Dibós, Ana Beatriz
Burneo Labrín, José Antonio
Cabello Matamala, Carmen Julia
Cairo Roldán, José Omar
Caro Coria, Dino Carlos
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
García Granara, Fernando Alberto
Hernández Gazzo, Juan Luis
La Rosa Calle, Javier Antonio
Ledesma Narváez, Marianella Leonor
León Hilario, Leysser Luggi
Luna-Victoria León, César Alfonso
Meini Méndez, Iván Fabio
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Monteagudo Valdez, Manuel
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Morales Godo, Juan Eulogio
Morales Hervías, Rómulo Martín
Morales Luna, Félix Francisco
Oré Guardia, Arsenio
Palacios Pareja, Enrique Augusto
Pizarro Aranguren, Luis Miguel
Priori Posada, Giovanni Francezco
Ramos Núñez, Carlos Augusto

363

PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Revilla Vergara, Ana Teresa
Ruda Santolaria, Juan José
Sevillano Chávez, Sandra Mariela
Siles Vallejos, Abraham Santiago
Solórzano Solórzano, Raúl Roy
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Valega García, César Manuel
Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
Vinatea Recoba, Luis Manuel
Zegarra Valdivia, Diego Hernando

Auxiliares

Abugattas Giadalah, Gattas Elías
Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
Almenara Bryson, Luis Felipe
Alvites Alvites, Elena Cecilia
Apolín Meza, Dante Ludwing
Barboza Beraun, Eduardo
Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Barletta Villarán, María Consuelo
Beltrán Pacheco, Jorge Alberto
Benavides Torres, Eduardo Armando
Bermúdez Valdivia, Violeta
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Candela Sánchez, César Lincoln
Caro John, José Antonio
Castro Otero, José Ignacio
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Delgado Silva, Ángel Guillermo
Durán Rojo, Luis Alberto
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Falla Jara, Gilberto Alejandro

Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
Huerta Guerrero, Luis Alberto
Marciani Burgos, Betzabé Xenia
Matheus López, Carlos Alberto
Medrano García, Fabricio Manuel
Mejorada Chauca, Omar Martín
Montoya Stahl, Alfonso
Ochoa Cardich, César Augusto
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Ortiz Sánchez, John Iván
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Pazos Hayashida, Javier Mihail
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Rivarola Reiz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo
Rojas Leo, Juan Francisco
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Saco Chung, Víctor Augusto
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Soria Luján, Daniel
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Urteaga Crovetto, Patricia
Valle Billinghurst, Andrés Miguel
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Vivar Morales, Elena María

INDICACIONES A LOS AUTORES DE LA REVISTA DERECHO PUCP

I. Objetivo y política de Derecho PUCP

La Revista Derecho PUCP publica artículos e investigaciones jurídicas inéditas, las cuales son revisadas por expertos (pares) nacionales y extranjeros que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos jurídicos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso se detecte alguna falta contra la ética en un texto, durante el proceso de revisión o después de su publicación en la Revista, se tomarán las acciones legales que correspondan para sancionar al autor responsable.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la Revista Derecho PUCP debe ser escrito en español, versar sobre temas de interés jurídico y tener la condición de inéditos. La Revista cuenta con las siguientes categorías:

- Editorial
- Tema central (artículos de investigación)
- Reseñas de libros u otras publicaciones
- Entrevista
- Crónica de Claustro
- Sección especial sobre aspectos jurídicos extraordinarios
- Informe
- Simposio
- Personalidades destacadas en el Derecho
- Comentarios a jurisprudencias nacionales y extranjeras
- Galería fotográfica
- Cartas al Editor

III.2. Documentación obligatoria

- **Autorización de publicación.** Debe ser firmada por todos los autores, consignando cuál fue su contribución en la elaboración del artículo según la codificación propia de la RPMESP.

III.3. Características de los artículos

III.3.1. Primera página. Debe incluir:

- TÍTULO: en español e inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR: (o autores) deben incluir en una nota al pie de página: la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico.
- RESUMEN (*abstract*). Texto en español e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación.
- CONTENIDO. Se consignará en español los capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- PALABRAS CLAVE (*key words*): En español y en inglés.

En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o es parte de una tesis debe precisarlo con la cita correspondiente.

III.3.2. Textos interiores. Deben de atenderse los siguientes aspectos:

- El texto no debe superar las 20 páginas, a doble espacio, en letra Arial 11 en formato A4 con márgenes de 2,5 cm.
- Consignar las citas de pie de página, a espacio simple en letra Arial 10.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word para Windows XP.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas. Las tablas deben tener solo líneas horizontales para separar el encabezado del cuerpo de la tabla y los títulos van en la parte superior. Los gráficos deben ser remitidos en MS-Excel o Adobe Illustrator y los títulos van en la parte inferior.
- El número de gráficos y tablas depende del tipo de artículo enviado. El Comité Editor de la revista se reserva el derecho de limitar su número.
- Las referencias bibliográficas que serán únicamente las que han sido citadas en el texto, se ordenarán correlativamente según su aparición.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

REVISTAS

Ediciones anuales	**ISSN**
Agenda Internacional	1027-6750
Anthropologica	0254-9212
Boletín de Arqueología PUCP	1029-2004
Boletín del Instituto Riva-Agüero	0254-410X
Debates en Sociología	0254-9220
Espacio y Desarrollo	1016-9148
Pensamiento Constitucional	1027-6769
Precio por suscripción:	US$ 30.00
Precio número suelto:	US$ 30.00
Ediciones semestrales	**ISSN**
Areté	1016-913X
Economía	0254-4415
Educación	1019-9403
Histórica	0252-8894
Lexis	0254-9239
Pro Mathematica	1012-3938
Revista de Psicología	0254-9247
Precio por suscripción:	US$ 30.00
Precio número suelto:	US$ 15.00

El costo por servicio de envío aéreo varía dependiendo del país.
Para descuentos y tarifas por servicio de envío, sírvase solicitar más información
al Fondo Editorial por medio de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
feditor@pucp.edu.pe
Teléfono: (51 1) 626-2650 / Fax: (51 1) 626-2913